

**QUESTA OPERA** raccoglie i saggi di alcuni studiosi di *Diritto pubblico comparato* dell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli". I temi affrontati in questa sede interessano diversi aspetti e presentano tematiche molto originali per il diritto comparato e gli studi del diritto pubblico. Un primo saggio di Vincenzo Pepe, è dedicato alla democrazia elettronica. I successivi tre saggi di Vincenzo Pepe sono dedicati uno allo studio di alcune soggettività emergenti nel diritto comparato, ovvero ai "diritti degli animali", mentre altri due alla sussidiarietà come collante della democrazia. Segue un altro saggio di Vincenzo Pepe rivolto al pensiero di Vincenzo Cuoco, in cui sono evidenziate le radici del costituzionalismo italiano. Segue nell'opera il primo dei tre saggi di Luigi Colella che analizza il rapporto tra libertà religiosa e diritti delle coppie *same sex* nell'era della globalizzazione e del pluralismo. Il secondo contributo di Luigi Colella è dedicato al tema del multiculturalismo religioso in Canada, mentre l'ultimo è riservato ai profili costituzionali della libertà sindacale in alcune esperienze europee ed, in particolare, all'esperienza francese. Di grande interesse è anche il saggio di Amilcare D'Andrea, dedicato alla tutela penale dell'ambiente nella Repubblica di Cuba a seguito della entrata in vigore della nuova Costituzione del 2019. Segue nella raccolta il contributo di Maralice Cunha Verciano, dedicato alle Autorità amministrative indipendenti in Portogallo; l'ultimo saggio, di Luigi Maria Pepe, è dedicato alla Agenzia per la cooperazione tra i Regolatori Nazionali dell'Energia (ACER) e al suo ruolo nell'ambito della politica energetica nell'U.E. Questi saggi, tutti di particolare originalità ed interesse, sono l'occasione per stimolare l'attenzione e la curiosità su alcuni temi nuovi ed attuali per il dibattito scientifico e, anche per questo, meritevoli di approfondimento e di studio.

**VINCENZO PEPE** insegna *Diritto pubblico italiano e comparato* presso il Dipartimento di Scienze Politiche «Jean Monnet» dell'Università degli studi della Campania "Luigi Vanvitelli". È anche docente di Diritto dell'ambiente italiano e comparato ed è stato componente del Consiglio scientifico del Master in Diritto e Politiche ambientali Europee e comparate presso il medesimo Dipartimento. È Presidente nazionale del Movimento ecologista europeo Fareambiente ed è Presidente onorario della Fondazione Giambattista Vico. Ha teorizzato l'ambientalismo responsabile, diventando a livello nazionale e internazionale uno dei principali protagonisti delle politiche ambientali e dello sviluppo sostenibile. Dirige la Rivista scientifica «Sintesi» ed ha pubblicato diversi saggi in varie lingue. È componente del *Centre de Recherches administratives* dell'Università Paul Cézanne di Aix - Marseille III. Tra le sue pubblicazioni ricordiamo: *Diritto comparato dell'energia. Esperienze europee*, Napoli 2008; *Fare Ambiente. Teorie e modelli giuridici di sviluppo sostenibile*, Milano 2009; *Governo del territorio e valori costituzionali. La protezione civile in Italia e in Francia*, Padova 2009; *Saggi Vichiani. Riflessioni sul programma di un «corso di legislazione comparata» di Vincenzo Cuoco*, Soveria Mannelli 2010; *La democrazia della prossimità nella comparazione giuridica*, Napoli, 2015.

**LUIGI COLELLA**, Avvocato. Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli". Docente a contratto in *Diritto dell'Ambiente per il Turismo* presso il medesimo Dipartimento, nonché Dottore di Ricerca in Diritto Ambientale Europeo e Comparato. È componente del *Centre de Recherches administratives* dell'Università Paul Cézanne di Aix - Marseille III e ha partecipato a diversi convegni internazionali nel settore del diritto pubblico comparato. Tra le sue pubblicazioni ricordiamo *Il diritto dell'energia nucleare in Italia e in Francia. Profili comparati della governance dei rifiuti radioattivi tra ambiente, democrazia e partecipazione*, Aracne editore, 2017. Ha pubblicato, inoltre, diversi saggi e contributi in materia di diritto pubblico comparato e diritto ambientale comparato, tra cui si segnala: *La diversità linguistica come «elemento strutturale» della forma di Stato multicultural belga*, in Rivista Dpce, n. 4/2016, pp. 1121-1144; *Lo Stato di diritto in Bangladesh: le sfide del costituzionalismo contemporaneo*, in D. Amirante (a cura di), *I sistemi costituzionali dell'Asia meridionale*, Cedam, 2019, pp. 187-219; *Educazione ambientale e valori costituzionali in Portogallo e in Italia. La legge n. 92 del 2019 tra educazione civica e cittadinanza ecologica*, in *AmbienteDiritto*, n. 1/2020.

ISBN 978-88-7513-054-1

€ 20,00

SAGGI DI DIRITTO PUBBLICO ITALIANO E COMPARATO a cura di Vincenzo Pepe e Luigi Colella

# SAGGI DI DIRITTO PUBBLICO ITALIANO E COMPARATO

a cura di

Vincenzo Pepe e Luigi Colella



Edizioni Palazzo Vargas

**SAGGI DI DIRITTO PUBBLICO  
ITALIANO E COMPARATO**

a cura di

Vincenzo Pepe e Luigi Colella

**Edizioni Palazzo Vargas**



**PUBBLICAZIONI EDIZIONI PALAZZO  
VARGAS**

**Collana Nòmos Basilèus**

**Studi di Diritto ambientale e Culture dei popoli**

**SAGGI DI DIRITTO PUBBLICO  
ITALIANO E COMPARATO**

a cura di

Vincenzo Pepe e Luigi Colella

Il presente volume è stato sottoposto a valutazione in conformità con i criteri di peer-review anonimo. I revisori sono indicati dal Comitato scientifico della Collana tra i docenti e gli esperti italiani e stranieri

VINCENZO PEPE e LUIGI COLELLA (a cura di)  
Anno 2019  
Saggi di diritto pubblico italiano e comparato  
Edizioni Palazzo Vargas  
Collana “Nòmos Basilèus”  
diretta da Vincenzo Pepe e Giovanni Cordini

Volume finito di stampare a dicembre 2019, Salerno.

# **SAGGI DI DIRITTO PUBBLICO ITALIANO E COMPARATO**

a cura di

**VINCENZO PEPE E LUIGI COLELLA**

## **INDICE**

<i><b>INTRODUZIONE</b></i> .....	13
<i><b>CAPITOLO PRIMO</b></i> .....	17
<i><b>LA DEMORAZIA ELETTRONICA PER UN NUOVO MODELLO DI COMUNITA'</b></i> .....	17
<i>di VINCENZO PEPE</i>	
1. La società virtuale e la nuova dimensione della prossimità .....	17
2. Comunità e società virtuali: una nuova idea di comunità .....	21
3. La Democrazia elettronica .....	28
4. La democrazia del web e la società del futuro .....	33
<i><b>CAPITOLO SECONDO</b></i> .....	38
<i><b>I DIRITTI DEGLI ANIMALI TRA ETICA E RELIGIONE</b></i> .....	38
<i>di VINCENZO PEPE</i>	
1. Introduzione .....	38
2. Il creato. Solo per l'uomo? .....	41
3. Religioni e animali. ....	46

4. Chi è l'animale? Riflessioni tra etica e filosofia.....	48
5. Lo status morale degli animali.....	56
<b>CAPITOLO TERZO</b> .....	<b>60</b>
<b>LA SUSSIDIARIETÀ. NOZIONE ED EVOLUZIONE STORICA</b> .....	<b>60</b>
<i>di VINCENZO PEPE</i>	
1. Definizione .....	60
2. La sussidiarietà come soccorso e supplenza.....	62
3. La sussidiarietà verticale e orizzontale .....	64
4. Le sussidiarietà complessa o mista.....	66
5. La democrazia della prossimità .....	66
6. La sussidiarietà nella storia del pensiero politico-giuridico .....	67
7. Da Tommaso d'Aquino ad Althusius.....	69
8. La sussidiarietà nel pensiero moderno.....	74
9. La sussidiarietà nel pensiero liberale tedesco.....	77
10. Il progetto giacobino e la negazione della sussidiarietà .....	79
<b>CAPITOLO QUARTO</b> .....	<b>84</b>
<b>IL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETA' E LA CHIESA CATTOLICA</b> .....	<b>84</b>
<i>di VINCENZO PEPE</i>	
1. Sussidiarietà e dignità della persona umana .....	84
2. La sussidiarietà nel pensiero calvinista e in W. Von Kettler....	86
3. La sussidiarietà nel pensiero di Padre Luigi Taparelli.....	89
4. La sussidiarietà nelle encicliche papali: dalle origini a Papa Francesco.....	92
5. La sussidiarietà nell'organizzazione della Chiesa cattolica ....	101

6. Conclusioni.....	102
<b><i>CAPITOLO QUINTO</i></b> .....	<b>106</b>
<b><i>VINCENZO CUOCO, IL RIVOLUZIONARIO MODERATO. POLITICA, DIRITTO E RIFORME</i></b> .....	<b>106</b>
<i>di VINCENZO PEPE</i>	
1. Vita, pensiero e passione politica. La filosofia di Vincenzo Cuoco.....	107
2. Vincenzo Cuoco e il suo tempo.....	115
3. Popolo ed elites, istruzione e religione.....	121
4. Storia, diritto, istituzioni.....	128
5. Il diritto: sintesi tra le classi sociali e l'amor di patria.....	131
6. Vincenzo Cuoco e il diritto come comparazione giuridica.....	133
7. La rilevanza del fattore ambientale nella comparazione giuridica.....	137
8. Vincenzo Cuoco, Giambattista Vico, Emerico Amari. Le radici del costituzionalismo italiano.....	139
9. Vincenzo Cuoco e il futuro delle nostre istituzioni.....	144
<b><i>CAPITOLO SESTO</i></b> .....	<b>148</b>
<b><i>LIBERTÀ RELIGIOSA E COPPIE "SAME SEX" TRA TRADIZIONE, GLOBALIZZAZIONE E COMPARAZIONE</i></b> ...	<b>148</b>
<i>di LUIGI COLELLA</i>	
1. La famiglia nella società complessa tra religione, globalizzazione e pluralismo.....	148
2. Libertà religiosa e coppie same sex: il caso "Masterpiece Cakeshop" in USA e il bilanciamento ragionevole tra diritti in conflitto.....	158

3. L'esperienza del Regno Unito e la sentenza <i>Lee v Ashers Baking Company Ltd and others</i> [2018]. .....	168
4. Conclusioni.....	174
<b><i>CAPITOLO SETTIMO</i></b> .....	<b>176</b>
<b><i>LAW'S RELIGION IN CANADA TRA MULTICULTURALISMO E SIMBOLISMO RELIGIOSO. IL "BILL 21" IN QUÉBEC</i></b> ....	<b>176</b>
<i>di LUIGI COLELLA</i>	
1. La Costituzione canadese e il principio multiculturalista: un modello precursore. ....	176
2. Libertà religiosa in Canada e la giurisprudenza multiculturale sul kirpan. ....	179
3. La religione di fronte alle nuove sfide della globalizzazione: l'avanzata degli "altri diritti".....	185
4. Libertà religiosa e nuove istanze di laicità: prime note sul recente Bill 21 in Québec. ....	189
5. La tolleranza religiosa e la fratellanza umana come solidarietà globale. ....	193
<b><i>CAPITOLO OTTAVO</i></b> .....	<b>196</b>
<b><i>PERCORSI COSTITUZIONALI DELLA LIBERTÀ SINDACALE: L'ESPERIENZA FRANCESE AL TEMPO DELLA GLOBALIZZAZIONE</i></b> .....	<b>196</b>
<i>di LUIGI COLELLA</i>	
1. Libertà sindacale tra Stato sociale e globalizzazione .....	196
2. Costituzione e libertà sindacale in Italia.....	201
3. La libertà sindacale in Inghilterra: profili costituzionali .....	204
4. Costituzione e libertà sindacale in Germania. ....	205
5. La libertà sindacale nella Costituzione della Grecia.....	207

6. Costituzione e libertà sindacale in Spagna .....	208
7. La libertà sindacale nella Costituzione francese.....	210
8. Il modello francese e la “démocratie sociale” .....	212
9. La “démocratie sociale” (in tensione) ai tempi della globalizzazione: “le dialogue social” in Francia .....	217
10. Brevi conclusioni.....	223
<b>CAPITOLO NONO</b> .....	227
<b>NUOVA COSTITUZIONE E TUTELA PENALE DELL’AMBIENTE NELLA REPUBBLICA DI CUBA</b> .....	227
<i>di AMILCARE D’ANDREA</i>	
1. Introduzione.....	227
2. I reati “ambientali” tra Costituzione, codice ambientale e codice penale.....	230
3. Analisi dei reati “ambientali” .....	236
4. Limiti attuali e prospettive di riforma del Código penal .....	243
<b>CAPITOLO DECIMO</b> .....	250
<b>LE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI IN PORTOGALLO</b> .....	250
<i>di MARALICE CUNHA VERCIANO</i>	
1. Introduzione.....	251
2. Il quadro costituzionale .....	253
3. Competenze e funzioni .....	256
4. La legge n. 67/2013 .....	257
4.1 L’Istituto delle Assicurazioni del Portogallo.....	258
4.2 La Commissione del Mercato dei Valori Mobiliari.....	259
4.3 L’Autorità della Concorrenza .....	260

4.4 L'Ente Regolatore dei Servizi Energetici .....	262
4.5 L'Autorità Nazionale delle Comunicazioni (ICP-ANACOM) .....	263
4.6 L'Istituto Nazionale dell'aviazione Civile, I.P. (INAC, I.P.)	265
4.7 L' Istituto della Mobilità e dei Trasporti Terrestri, I.P (IMT, I.P) .....	266
4.8 L'Istituto delle Infrastrutture Stradali, I.P. (InIR, I.P.).....	267
4.9 L'Autorità di Regolamentazione dei Servizi di Acqua e dei Rifiuti.....	268
4.10 L'Ente di Regolamentazione della Salute.....	269
4.11 La Banca del Portogallo .....	270
4.12 L'Ente Regolatore per la Comunicazione Sociale.....	272
4.13 La Commissione per l'Accesso ai Documenti Amministrativi .....	273
5. Le Caratteristiche delle Autorità Amministrative Indipendenti .....	274
<b>CAPITOLO UNDICESIMO .....</b>	<b>276</b>
<b><i>L'AGENZIA PER LA COOPERAZIONE TRA I REGOLATORI NAZIONALI DELL'ENERGIA (ACER). PROBLEMATICITÀ E PROSPETTIVE .....</i></b>	<b><i>276</i></b>
<i>di LUIGI MARIA PEPE</i>	
1. Il diritto europeo dell'energia .....	276
2. L'ACER: natura, funzioni e prospettive.....	281
3. L'ACER a confronto: l'European Securities and Markets Authority.....	286
4. Considerazioni conclusive.....	288



## INTRODUZIONE

Quest'opera raccoglie i saggi di alcuni studiosi di *Diritto pubblico comparato* del Dipartimento di Scienze Politiche "Jean Monnet" dell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli".

Il ruolo della comparazione giuspubblicista, se capace di mantenere una tensione intellettuale tra sociologia, politica, filosofia, in un momento di transizioni democratiche e di crisi internazionali che invadono i pensieri dei cittadini del mondo, non disilluderà le aspettative di future conquiste epistemologiche e la costruzione di nuovi strumenti, anche legislativi, per rendere migliore la convivenza sulla Terra tra uomo, animali, natura, ambiente.

Nella metodologia della comparazione, nell'analisi sia sincronica che diacronica, è possibile indagare le complesse radici delle norme.

Le affinità e le divergenze che emergono contribuiscono all'evoluzione della scienza giuridica.

I temi affrontati in questa sede interessano diversi aspetti e presentano tematiche molto originali per il diritto comparato e gli studi del diritto pubblico.

Un primo saggio di Vincenzo Pepe apre la raccolta di contributi ed è dedicato ad un tema molto interessante, nuovo per il diritto pubblico italiano e comparato, ovvero quello della democrazia elettronica. L'avvento della rete, delle reti di informazione, dei social network e delle nuove tecnologie ha modificato i rapporti e le relazioni, rendendo le comunicazioni e le interazioni scollegate da ogni riferimento di prossimità spaziale. Al tema degli animali è dedicato, invece, il secondo saggio di Pepe avente lo scopo di indagare sui diritti degli animali e sulla loro ascesa tra le nuove soggettività emergenti nel diritto comparato. I successivi due saggi di Vincenzo Pepe sono dedicati al principio di sussidiarietà, alla sua evoluzione storica e al suo significato nella dottrina sociale della chiesa cattolica; tale indagine vuole riscoprire la

sussidiarietà come nuovo collante della democrazia nell'era della globalizzazione. Segue e chiude questa prima parte un altro saggio di Vincenzo Pepe dedicato al pensiero di Vincenzo Cuoco: in questo contributo sono evidenziate le radici del costituzionalismo italiano, il pensiero di Vincenzo Cuoco e il futuro delle nostre istituzioni. In questo contributo si evidenzia come il diritto comparato poggia la sua analisi metodologica sulle diverse dinamiche giuridiche nello spazio e nel tempo e deve tener conto non solo della storicità locale e di quella universale ma anche dei relativi fattori ambientali.

La seconda parte della raccolta si apre con il primo dei tre saggi di Luigi Colella dedicati ad alcuni temi di grande interesse per il diritto pubblico comparato al tempo del “global age” e concernenti la tutela dei diritti nello stato multiculturale. In questa cornice, il primo dei saggi di Luigi Colella analizza il rapporto tra “libertà religiosa” e “diritti delle coppie *same sex*” nell'era della globalizzazione e del pluralismo, con uno specifico riferimento alla giurisprudenza, proprio al fine di ricercare il ruolo dell'interprete come formante del diritto multiculturale. Il secondo contributo di Luigi Colella è dedicato al tema del multiculturalismo religioso in Canada, con particolare attenzione rivolta alla entrata in vigore della recente legge sui simboli religiosi in Quebec (il c.d. *Bill 21*). La nuova legge sulla laicità del Quebec del 2019 costituisce l'occasione per riflettere sul concetto stesso di laicità, diversità e tolleranza religiosa in un contesto globalizzato. L'ultimo saggio di Luigi Colella è riservato, invece, ai profili costituzionali della libertà sindacale in alcune esperienze europee, ed, in particolare, è dedicato alla esperienza francese. In questo studio emerge il processo di riforma del “*dialogue social*” avviato in Francia quale strumento necessario per assicurare la “*démocratie sociale*” al tempo della globalizzazione.

Segue il saggio di Amilcare D'Andrea dedicato alla tutela penale dell'ambiente nella Repubblica di Cuba, specie a seguito delle modifiche sostanziali alla Costituzione cubana del 2019. Il

contributo, attraverso l'analisi esegetica dei reati ambientali, tra nuova Costituzione, codice ambientale e codice penale, evidenzia i limiti attuali e le prospettive di riforma del *Código penal* cubano. Nella parte finale della raccolta sono presenti altri due saggi molto originali e dedicati alla questione delle *Authorities* nel diritto comparato. Il contributo scritto da Maralice Cunha Verciano è dedicato alle Autorità amministrative indipendenti in Portogallo. In questo saggio sono evidenziati gli aspetti storici e giuridici delle Autorità indipendenti, partendo dalla cornice costituzionale sino a segnalare le funzioni e i poteri di ciascuna autorità.

L'ultimo saggio di Luigi Maria Pepe è, invece, dedicato alla Agenzia per la cooperazione tra i Regolatori Nazionali dell'Energia (A.C.E.R.) e al suo ruolo nell'ambito della politica energetica nell'U.E. Il saggio mette in evidenza i compiti e le funzioni dell'A.C.E.R. e il suo ruolo di coordinamento e cooperazione tra i regolatori nazionali (Autorità Amministrative Indipendenti) in entrambi i settori dell'energia elettrica e del gas, al fine di rendere maggiormente competitivo il Mercato energetico europeo.

Questi saggi, tutti di particolare originalità ed interesse, sono rivolti agli studenti universitari con l'intento di stimolare la loro attenzione e la loro curiosità su alcuni temi nuovi ed attuali per il dibattito scientifico e, anche per questo, considerati, in chiave comparativa, meritevoli di approfondimento e di studio.

La pubblicazione della presente raccolta è l'occasione per esprimere i più sentiti ringraziamenti al Prof. Pasquale Femia, Direttore del Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli" per la cura e l'attenzione che ha sempre manifestato per la scuola dei comparatisti e al Prof. Domenico Amirante, Coordinatore del Dottorato di Ricerca in Diritto comparato e processi di integrazione, punto di riferimento e vivaio per la ricerca e la formazione di giovani studiosi.

Un particolare ringraziamento è rivolto poi ai giovani ricercatori che, insieme a noi curatori, hanno contribuito alla redazione della presente raccolta.

Vincenzo Pepe

Luigi Colella

# CAPITOLO PRIMO

## LA DEMORAZIA ELETTRONICA PER UN NUOVO MODELLO DI COMUNITA'

di

VINCENZO PEPE

**Sommario:** 1. La società virtuale e la nuova dimensione della prossimità. - 2. Comunità e società virtuali: una nuova idea di comunità - 3. La democrazia elettronica. - 4. La democrazia del web e la società del futuro.

### *1. La società virtuale e la nuova dimensione della prossimità*

È abbastanza evidente quanto la dimensione spaziale, fisica, tangibile delle relazioni sociali influisca sulla qualità delle istituzioni democratiche che vanno a plasmare lo spazio pubblico della politica. In questo senso la prossimità si configura come l'approccio tradizionale degli individui alla loro effettiva partecipazione alla dimensione pubblica.

Dalla polis greca ai Comuni medioevali, dai principati, dalle piccole repubbliche dell'Illuminismo ai grandi Stati nazionali, fino alle repubbliche odierne, nella significativa storia delle democrazie, la dimensione della prossimità ha costantemente

rappresentato l'originaria concezione e la primaria pratica per l'ordinata convivenza politica.

È altrettanto manifesto che oggi la questione dello spazio della democrazia sia diventata probabilmente la questione più importante perché ad essa si ricongiunge il tema dei valori che essa deve promuovere e diffondere; ma diffondere attraverso quali luoghi, quali spazi, quali assemblee, quali territori?

L'odierna dimensione spaziale è caratterizzata dalla virtualità: dalle forme di comunicazione del web, pervasivo e delocalizzato, dai sistemi di interazione tra il singolo e la collettività alla totale assenza di riferimenti fisico-spaziali che contraddistinguono sempre più spesso le relazioni umane, tutto ci parla di una nuova estensione spaziale, che possiamo definire come spazio pubblico virtuale.

La comparsa di nuove strutture sociali dai caratteri «paradossali», come i concetti di globalizzazione, disaggregazione, prossimità a distanza, villaggio globale, de-individuazione, impone una riflessione su quale potrà essere, in futuro, lo spazio per la democrazia e le sue istituzioni, affinché esse possano continuare ad esistere e ad assolvere in modo efficace ai propri compiti.

È impossibile, infatti, negare come e quanto la rete abbia completamente rivoluzionato gli schemi spazio-interagenti fra le persone, fra l'individuo e la sua prossimità di appartenenza o di riferimento. Abbiamo a che fare con una nuova dimensione dello spazio, definito come cyberspazio<sup>1</sup>, immateriale, potenzialmente infinito, che comincia proprio dietro lo schermo del computer di ogni utente della rete e può svilupparsi in infiniti percorsi e reti virtuali.

Ecco pertanto che le relazioni sociali, di cui quelle politiche e giuridiche rappresentano il livello più razionale, vengono

---

Il presente saggio è stato in parte tratto dal volume V. Pepe, *La democrazia di prossimità nella comparazione giuridica*, Esi, 2015.

<sup>1</sup> Sul tema del cyberspazio come nuova frontiera dello spazio sociale, vedi F. Casalegno, *Cybersocialità. Nuove forme di interazione comunitaria*, Il Saggiatore, Milano, 2007.

estrapolate dai contesti abituali, locali e riassemble in non-luoghi disaggregati nello spazio e nel tempo. Tale disaggregazione impone di andare a ridefinire gli spazi della democrazia, dai luoghi dell'incontro pubblico alle modalità con le quali le istituzioni si aprono e si confrontano con le esigenze dei cittadini, fino ai nuovi strumenti in grado di allargare e perfezionare la partecipazione democratica.

La questione dello spazio nella democrazia si pose già nei secoli passati; senza scomodare la tradizione greca che la includeva esclusivamente tra le mura delle città- stato, nel Settecento Rousseau aveva già compreso l'aporia, ancora oggi probabilmente insormontabile, del governo di tutti su tutti. L'istituto della rappresentanza con l'elezione democratica ed a suffragio universale dei rappresentanti dell'intero corpo sovrano, è stata la risposta.

Una soluzione che, non c'è dubbio, ha funzionato bene per molto tempo ma che oggi, come ampiamente visto nella prima parte di questa ricerca, appare smarrirsi tra le difficoltà imposte dalla globalizzazione.

Oltretutto, proprio la virtualità dei mezzi tecnologici, del web potrebbe garantire in futuro quel sogno sfuggito ai padri della democrazia, di riuscire a convocare, almeno virtualmente, tutti i cittadini pronti a dire la propria e a deliberare in tempo reale, (in spazi virtuali), sulle questioni in campo.

Si tratta di un sogno, ad oggi, ma anche di una possibilità da non rigettare preventivamente tenendo in ogni caso ben presente che finora chiunque ha provato ad inventare una democrazia diretta, scavalcando la rappresentanza, ha fallito miseramente.

Fatto sta che anche la prossimità politica, dopo quella sociale, oggi si è fatta virtuale e, di conseguenza la stessa democrazia, le sue forme attuali, quelle future e le sue istituzioni, non potranno che essere oggetto di una radicale ristrutturazione. Il che pone una domanda di non secondaria rilevanza.

Come può la democrazia del futuro continuare, attraverso le attuali istituzioni, a svolgere con efficacia quei compiti e

raggiungere quegli obiettivi per cui è nata e che nel corso dei secoli hanno raggiunto elevati livelli di complessità? Potrà ancora la democrazia rappresentativa risultare il fulcro delle relazioni politiche tra gli individui, tra gli Stati e tra individuo e Stato, in una realtà in cui la prossimità è diventata un fattore virtuale, e dove l'estensione fisica degli spazi politici risulta oramai irrimediabilmente compromessa?

Le cosiddette relazioni spaziali continuano dunque ad essere un problema ineludibile per la democrazia. Infatti se da un lato si restringono gli spazi destinati concretamente all'esercizio dei diritti democratici o all'azione politica degli Stati, dall'altro si moltiplicano a dismisura, grazie a meccanismi potenzialmente ininterrotti, quegli spazi virtuali che ciascun cittadino può sperimentare ed esercitare «semplicemente» stando comodamente seduto dinanzi allo schermo del proprio computer, tablet o smartphone.

Di fatto, ogni passo in avanti verso l'autonomia tecnologica dell'individuo, attraverso l'implementazione dei mezzi a disposizione, sta restringendo l'estensione reale degli spazi fisici della politica. È sotto gli occhi di tutti come le abituali piazze (reali) della politica vadano da tempo svuotandosi a vantaggio di quelle virtuali in cui il livello di prossimità si gioca sull'istantanea ed immediata interazione di utenti presenti ma fisicamente distanti anche migliaia di chilometri.

In tal senso le istituzioni democratiche dovranno affrontare la questione della moltiplicazione di centri di legittimità e di richiesta democratica non più fisicamente osservabili o segnalabili, ma solo virtualmente identificabili. Il carattere dell'immediatezza e della dislocazione spaziale assoluta, che le reti telematiche portano con sé, come per i movimenti di denaro, il veicolarsi delle informazioni, la diffusione delle richieste, apre per le istituzioni democratiche una sorta di prossimità (virtuale) permanente, in cui ogni luogo o ogni momento sembra quello giusto per discutere dei problemi, dei bisogni, dei diritti delle persone, in breve per fare politica.

Ancora di più in questo modo si riproporrà la questione dei rapporti tra centro e periferia, dove le periferie possono potenzialmente essere identificate in ciascun singolo cittadino-utente. Ecco dunque che i regimi democratici vedono sempre più ridursi le tradizionali possibilità di controllo e gestione perché le coordinate temporali sono quelle del presente ininterrotto e quelle spaziali sono caratterizzate da una prossimità allo stesso tempo distante e virtuale.

Se la sovranità statale si assottiglia in modo preoccupante e con essa si riducono i margini di difesa dei diritti e dei valori democratici a favore di «organi» sovranazionali o di poteri tecnocratici che fluttuano in spazi sottratti al controllo effettivo della politica, le nuove prossimità virtuali possono condurre alla mutazione del rapporto tra senso civico, opinione pubblica e i molteplici centri di cittadinanza che oggi concorrono alla definizione dei nuovi spazi democratici.

La digitalizzazione degli ambiti di prossimità, se da una parte spinge verso un'immediata capacità di intervento dei singoli, dall'altra può condurre ad una sorta di frattura fra chi ha gli strumenti e li sa usare e chi rimane escluso da tali meccanismi, obbligandolo a restare fermo in spazi reali sempre più angusti.

In breve, chi non sa o non ha la possibilità di usare i nuovi mezzi è molto probabile che rinuncerà anche a partecipare fisicamente alle questioni, ai dibattiti, alle delibere messe in atto nella sua stessa comunità di appartenenza, finendo per non interessarsi più alla prossimità in cui vive.

## ***2. Comunità e società virtuali: una nuova idea di comunità***

Le società odierne sorgono non solo e non più sulla base di una prossimità spaziale, identitaria, culturale. Oggi sappiamo che lo sviluppo di un'idea di comunità non può più essere circoscritta o condizionata dalla contemporanea presenza di un segmento spaziale, come un territorio, poiché essa ha assunto un carattere

potenzialmente globale. L'avvento della rete, delle reti di informazione, dei social network e delle nuove tecnologie ha negato qualsiasi distanza fisica rendendo le comunicazioni e le interazioni scollegate da ogni riferimento di prossimità spaziale.

Come già rilevato, simili dinamiche sono per loro natura ambivalenti e portano ad esiti che possono essere tali. Si è così allargata e consolidata la percezione di una coscienza globale dell'essere umano come aderente ad una comunità potenzialmente globale alla quale partecipa virtualmente, ma si sono consolidate anche le paure, le ansie, i timori di perdere i riferimenti e smarrirsi in contesti a-spaziali, in cui potenzialmente ogni utente che si incontra nelle comunità virtuali può essere uno straniero.

I processi di omologazione, di conformità degli stili di vita, la probabile perdita delle tradizioni locali, il confronto con culture altre, è inutile nascondere, generano turbamento, possono disaggregare le comunità tradizionali, ma possono anche essere occasione per avvicinare e riscoprire la comune matrice di ogni relazione sociale e comunitaria che è la fonte della reciproca fiducia che gli individui pongono affinché si abbia legame sociale. Fatto sta che negli ultimi decenni al sorgere ed allo svilupparsi delle comunità virtuali si è connesso un conseguente e diretto indebolimento di quelle tradizionali, che potremmo anche definire locali. Ma occorre andare cauti in quanto ciò non è detto che si traduca in un logico ed ovvio scadimento della vita sociale. Ne è esempio il fatto che grazie al sorgere delle comunità virtuali è risultato più evidente che le comunità e le società che verranno non potranno che essere multiculturali e policentriche, dunque potenzialmente più democratiche.

Pertanto i concetti di integrazione, condivisione dei valori, riconoscimento reciproco, possono benissimo trovare terreni fertili anche dall'interazione di molteplici comunità virtuali alle quali l'individuo contemporaneo partecipa in modo interattivo, soprattutto se riesce ad utilizzare in prima persona e con creatività quegli strumenti che le tecnologie gli mettono a disposizione.

L'affacciarsi di varie tipologie di comunità virtuali sta a significare anche che ciascuno individuo, sia come persona che come cittadino, può partecipare contemporaneamente a più di una, poiché l'esclusività di appartenenza non è più richiesta in un mondo nel quale egli stesso, in connessione ed interazione con altri, ad esempio gli utenti della rete, può dare avvio in qualsiasi momento ad una nuova comunità. Motivo che spinge molti analisti a considerare i nuovi generi di comunità come qualcosa di estremamente flessibile e duttile in netto contrasto con le tradizionali comunità certamente più sclerotizzate e fissate in codici difficilmente mutabili.

Le comunità di oggi virtuali sono quindi flessibili, liquide, continuamente emendabili, create sulla base di interessi, luoghi dove è più facile far germogliare un'idea personalistica di coscienza sociale, ma dove è altrettanto più facile venire a conoscenza degli altrui bisogni, delle altrui identità.

Il rischio è che gli individui che vanno a costituire tali comunità rimangano ad un livello superficiale di consapevolezza reciproca, venendo sopraffatti dai meccanismi potenzialmente impersonali dei mezzi di comunicazione utilizzati che non garantiscono la verificabilità concreta, tangibile, reale delle altrui esperienze.

Occorrerebbe che i processi, innescati dal costituirsi di comunità virtuali fossero bene orientati verso una maggiore e generale consapevolezza delle differenze e delle specificità di ciascun individuo nella condivisione dei valori sui quali basare la fiducia e la cooperazione.

Le comunità telematiche, al di là di semplicistiche riduzioni, sono luoghi, se pur virtuali, ricchi di collegamenti, ponti, strade, percorsi, dove contenuti, valori, simboli, informazioni, diritti, possono circolare liberamente ed in ogni direzione senza preclusioni di sorta. Esse sono come dei punti di snodo, dei crocevia che si formano sulle reti del web, dando vita alle nuove «piazze» dove si costruiscono nuovi spazi sociali e politici, dove la rete diviene, di fatto, generatrice di relazioni comunitarie che

vanno a riempire quell'esigenza di socialità e comunità mai del tutto sopita.

Le comunità virtuali vivono in luoghi non fisici ma non per questo meno reali, che si fanno metafora concreta dell'antico bisogno di prossimità dell'essere umano. Farne esperienza significa per il cittadino-utente intraprendere un viaggio, ricco di simboli e metafore che in ogni caso assicura nuove esperienze di natura comunitaria anche al di là degli abituali spazi di vita, mentre la sua identità, contrassegnata da password, nick name, pagine web personali, sembra riplasmarsi ad ogni nuovo contatto. Tali spazi garantiscono a ciascuno la possibilità di sperimentare luoghi e comunità simbolici altrettanto essenziali alle persone come quelli reali, perché ricchi di risorse, di informazioni, di promesse di interazione sociale.

Per quanti criticano una simile prospettiva occorre ricordare che anche le comunità o le società tradizionali, quelle che hanno accompagnato da sempre il cammino sociale dell'essere umano, sono spesso nate dalla volontà razionale e artificiale (potremmo dire virtuale) di costruire legami sociali che avvicinasero individui inizialmente isolati o in lotta con altri.

Ciò che dovrebbe interessare è quella necessaria attenzione affinché non venga a crearsi una élite che si faccia detentrica dei mezzi e dei contenuti offerti dalle nuove tecnologie e non sia la sola «classe dirigente» delle future comunità virtuali. Questo rappresenta un vero pericolo, tanto più che tali élite verrebbero a trovarsi nella posizione di gestire nell'anonimato, dunque in netto contrasto con i valori democratici, tale notevole potere.

Ugualmente appare chiaro che la creazione (positiva) di comunità virtuali non deve andare a riempire quei vuoti di significato, di valori che spesso attanagliano la vita delle società contemporanee. In tal senso si smarrirebbe in breve quella priorità del contatto e della prossimità che abbiamo visto essere così essenziale per il benessere delle persone e per la salute delle nostre istituzioni politiche e democratiche.

Nelle comunità virtuali e deve essere valorizzato l'indubbio capitale sociale di conoscenza, di relazionalità, di condivisione che esse mettono a disposizione attraverso i meccanismi dell'interazione e della gestione della creatività individuale, non sottovalutando il fatto che anche all'interno di una comunità virtuale può essere elevato il senso di vicinanza, di presenza, l'appartenenza consapevole, la comunione di interessi ed ideali, e la condivisione che si possono esperire.

Inoltre anche le comunità virtuali, alla stregua di quelle reali, funzionano se le relazioni fra i diversi soggetti sono caratterizzate da un sistema di regole più o meno specifiche: non perché ci si trovi ad interagire virtualmente non si devono rispettare codici condivisi di comportamento reciproco.

Nondimeno, nei contesti comunitari virtuali è possibile che si sviluppino apprezzabili forme di collaborazione e di solidarietà come la messa in comune di informazioni utili ad arricchire il bagaglio di conoscenza dei partecipanti, o il dare avvio a dinamiche di discussione sincroniche in cui è possibile affrontare nell'immediato tematiche che in questo modo diventano effettivamente prossime agli utenti.

Molte delle reti civiche sorte di recente sono nate come forum di discussione in rete, aperte al dibattito su argomenti di interesse più o meno locale o più o meno generale. Tali reti civiche in molti casi non sono rimaste comunità virtuali, ma si sono trasformate in realtà concrete e ben identificabili, proseguendo sul territorio la loro funzione di aggregazione sociale nata nel web attorno a questioni di interesse pubblico.

Tutti questi aspetti hanno finito per convogliare verso le forme virtuali di comunità molti apprezzamenti e giudizi positivi<sup>2</sup> che individuano in esse una specie di nuovo modello per la perpetuazione dell'idea comunitaria. Analizzandole sarebbe possibile, secondo tale linea di pensiero, osservare il formarsi di un nuovo spazio antropologico, definibile come spazio-sapere che

---

<sup>2</sup> A tal proposito, vedi P. Levy, *Il virtuale*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 1997.

coinciderebbe con la messa in comune dell'immaginazione e di tutte le conoscenze presenti in un tessuto sociale.

Uno spazio del sapere aperto grazie all'uso sapiente delle tecnologie in cui persone-utenti e cose-simbolo ritrovano una relazione interattiva di mutua partecipazione, riscoprendo dunque una nuova prossimità. Come già rilevato anche qui occorre muoversi con molta cautela poiché gli esiti di un uso esclusivamente virtuale dell'idea di comunità e dunque di prossimità possono essere del tutto ambivalenti.

I rischi che si corrono sono già stati osservati e descritti come l'incremento di fenomeni di alienazione o di atomizzazione sociale laddove tali comunità si reggono soltanto sul consumo parossistico di informazioni e l'esclusione dalla condivisione di quanti non sono connessi. Il valore di una comunità, anche di una virtuale, è ancora offerto dal dialogo e dal riconoscimento dell'altro che oltre che utente in navigazione nel mare della rete, resta sempre una persona con la sua dignità e la sua inimitabile singolarità. Certo è che oggi le comunità virtuali riscuotono larghi consensi. Alla base scorgiamo l'inevitabile istinto naturale che spinge ciascuno verso la dimensione sociale o del gruppo, a maggior ragione in epoche in cui proprio la rete, così fluida ed instabile, non garantisce relazioni durature, e la vita reale stessa è contrassegnata da una volatilità dei rapporti umani, sociali ed anche politici. Una comunità, per quanto virtuale, è pur sempre un ottimo antidoto per esorcizzare la precarietà imperante e il bisogno di appartenenza; si configura ancora come una delle necessità primarie dell'essere umano<sup>3</sup>.

È possibile dunque ritenere che anche le odierne comunità virtuali rispecchino pienamente il bisogno di socialità, anche di una prossimità, se pur divenuta virtuale, degli individui. Attraverso esse è possibile conoscere ed allacciare nuove relazioni con persone prossime per scelta ed affinità e non più solo per

---

<sup>3</sup> In proposito, vedi l'opera di Maslow la sua teoria sulla «piramide dei bisogni». A.H. Maslow, *Verso una psicologia dell'essere*, Astrolabio Ubaldini, Roma, 1971.

vicinanza spaziale, condividendo interessi ed allargando orizzonti comuni, in una dimensione in cui virtuale e reale si arricchiscono creativamente.

Riassumendo, lo sviluppo delle nuove tecnologie telematiche sta facilitando la ricerca individuale dei bisogni sociali, tra cui quello di sentirsi parte di una comunità che per secoli l'individuo ha speso o delegato esclusivamente a gruppi sociali o società in cui la prossimità fisica era il fulcro imprescindibile.

La dimensione fisico-spaziale oggi sembra venir meno dal punto di vista sociale, ma dal punto di vista politico, paradossalmente, si osserva come essa sia ancora determinante per una più proficua partecipazione dei cittadini alla vita delle loro comunità. In questo apparente opposizione tra virtuale sociale e reale (vicino, tangibile) della sfera politica sta forse la grande occasione di creare democrazie più compiute.

Fiducia, reciprocità, condivisione, meccanismi alla base di qualsiasi relazione, possono trarre nuova linfa dall'interazione di reale e virtuale, tenendo in giusto conto che le comunità virtuali, potenzialmente globali, non devono inaridire e omologare il bisogno ineludibile di identità. Villaggio globale e prossimità sono compatibili se viene rispettato il bisogno di identità, oggi più che mai, presente.

Per raggiungere un simile traguardo è evidente che le comunità virtuali dovranno in misura maggiore di quanto proposto finora, esaltare la libertà di ciascuno di cercare la propria identità non soffocando tale istinto nel mare globale dell'omologazione. Ecco perché la ricerca di un'armonia tra locale e globale appare la strada maestra in un panorama in cui villaggio globale virtuale e comunità di prossimità non si escludono necessariamente a vicenda<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Per approfondimenti, vedi J.L. Nancy, *La comunità inoperosa*, Cronopio, Napoli, 2003; M. McLuhan, *Gli strumenti del comunicare*, Il Saggiatore, Milano, 2007; J. Meyrowitz, *Oltre il senso del luogo. L'impatto dei media elettronici sul comportamento sociale*, Baskerville, Bologna, 1995; H. Rheingold, *La realtà virtuale. I mondi artificiali generati dai computer e il loro potere di trasformare la*

### ***3. La Democrazia elettronica***

Parlando del rinnovamento della democrazia, delle nuove pratiche di partecipazione democratica, analizzando quali sono gli aspetti più salienti del rapporto tra prossimità e nuove comunità virtuali, si approda inevitabilmente al tema della democrazia elettronica. È questa l'ultima frontiera della democrazia: questione «calda» all'interno del dibattito politico perché ricca di promesse e scenari che in parte già siamo in grado di osservare.

Ad oggi la democrazia elettronica viene difatti designata come la più probabile forma di democrazia da contrapporre agli usurati istituti della democrazia rappresentativa nella consapevolezza che, anche se la rappresentanza sarà ancora uno strumento valido, le tradizionali forme verranno superate per la semplice constatazione che gli abituali tempi delle procedure democratiche e costituzionali, perfezionati negli ultimi secoli, non sono più sincronizzati con la rapidità dei mutamenti in atto. È ovvio che le distorsioni provocate da questi radicali mutamenti rendono ancora immatura la democrazia elettronica, ma è altrettanto evidente che non si potrà tornare indietro.

In effetti ciò che oggi rende la democrazia elettronica così auspicabile per molti cittadini è che essa non viene associata ai vecchi schemi della politica, ed in particolare non è percepita come contigua ai tradizionali partiti politici additati, più o meno uniformemente e più o meno a torto, come i principali responsabili dello scadimento delle istituzioni democratiche. Anzi si ritiene che il potere ancora enorme che i partiti sono in grado di

---

*società*, Baskerville, Bologna, 1993; H. Rheingold, *Perché la rete ci rende intelligenti*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2007; J. Fernback, B. Thompson, *Virtual Communities: Abort, Retry, Failure? The Dimensions of Community within Cyberspace*, International Communication Association, Washington, DC, 1995; A.R. Stone, *Desiderio e tecnologia: il problema dell'identità nell'era di internet*, Feltrinelli, Milano, 1997.

assommare e gestire potrebbe venire attaccato proprio da nuovi modelli democratici veicolati e gestiti tramite il web.

Non sorprende perciò che sempre più un numero crescente di cittadini, cominci ad utilizzare il proprio terminale elettronico, computer, smartphone, tablet ecc, esattamente come strumenti per esprimere il proprio pensiero, per informarsi, per organizzare incontri, assemblee, dibattiti virtuali, senza la mediazione di alcun partito o leader, immediatamente ed in prima persona.

Ciò che questi cittadini chiedono e sembrano ottenere dall'uso «politico» della rete è in primo luogo coinvolgimento e, successivamente, trasparenza, quella trasparenza che sovente appare negata dai partiti più interessati a gestire e preservare il proprio potere che promuovere valori e diritti.

Così, mentre nella rete in tutte le lingue del mondo si diffondevano forum e luoghi virtuali di incontro e scambio, proprio le classi dirigenti dei partiti non comprendevano quanto stesse accadendo, rimanendo colpevolmente sempre più distanti dalle richieste delle persone.

In effetti nel recente passato si è creata una situazione nella quale i partiti hanno difeso le loro prerogative di principali rappresentanti della sovranità senza comprendere o, peggio, ignorando, che l'esigenza che si diffondeva attraverso il web altro non era che la richiesta dell'accesso a forme di democrazia diretta: una sottovalutazione che ha portato i partiti politici di mezzo mondo a subire nel giro di pochi mesi l'attacco della democrazia nata dalla rete.

Tali processi hanno avuto come effetto quello di semplificare anche in modo eccessivo la questione in un'antitesi tra democrazia rappresentativa e democrazia diretta, portando talvolta ad una sopravvalutazione di quest'ultima, come se la sua affermazione tramite gli strumenti della multimedialità del web potesse come una bacchetta magica risolvere d'improvviso tutti i problemi.

Occorre tenere a mente mentre giustamente si criticano gli istituti tradizionali della democrazia, tra cui la rappresentatività, che la

politica che costruisce le democrazie rimane pur sempre un'arte, che non può venire appresa solo perché si sta discutendo su un forum on line.

Ben vengano gli strumenti del sondaggio in tempo reale, della discussione, del deliberare, dell'intervento diretto e virtuale dei cittadini, ma simili realtà non possono che crescere assieme alle qualità essenziali e tradizionali della politica e della democrazia, quali la ponderazione, la valutazione, la capacità di dare senso e sostanza ai valori, il dialogo ed il riconoscimento delle differenze, la selezione di élite formatesi in un'autentica cultura democratica in grado di rappresentare al meglio i bisogni delle persone.

Si tratta dunque di potenziare la democrazia con gli strumenti elettronici nella prospettiva che questi siano capaci di allargare il bacino democratico, facilitando la consuetudine all'alfabeto della democrazia di un numero crescente di persone, evitando allo stesso tempo la creazione di confini invalicabili tra quanti avvertono di partecipare alla democrazia solo quando sono connessi, e quanti continuano, legittimamente, a vivere la politica ed i propri diritti solo in riferimento ai partiti, al territorio ed alla tradizionale prossimità della politica.

Occorre inoltre tenere presente un altro aspetto: la diffusione dei nuovi media e dell'idea che la democrazia possa svilupparsi o attuarsi solo con essi, favorisce una certa idea «impolitica» ed individualistica delle istituzioni, alimentando la privatizzazione degli spazi pubblici e l'illusione che tutto sommato, così come si può fare a meno della partiti, si potrà fare a meno della politica tout court, magari privilegiando gli ambiti economici o tecnologici. Ciò, è evidente, sarebbe un grave errore.

Le società e le democrazie di domani, quelle rappresentate con il suffisso 2.0, in cui cittadini sempre più attivi promuovono partecipazione partendo dal basso o, meglio, dall'orizzontalità virtuale della rete, riscuotono senza dubbio il consenso di larga parte dell'opinione pubblica.

L'obiettivo è sviluppare una democrazia autenticamente partecipata, magari partendo dai modelli dei sondaggi on line, dal

voto in tempo reale. In tal senso la partecipazione dei «nuovi» cittadini 2.0 si configurerebbe non più solo come elettori, ma come attivi protagonisti della vita pubblica che non delegano la propria sovranità ma la gestiscono direttamente grazie ai mezzi telematici.

La sovranità non si esplicherebbe soltanto più con la chiamata al voto, ma attraverso una serie di formulazioni di proposte, richieste d'informazione, discussioni, dibattiti, tutto svolto in tempo reale ed in connessione con centinaia o migliaia di altri cittadini utenti della rete.

Secondo questo modello la democrazia elettronica non si esaurisce, mentre sarebbe un grave pericolo la possibilità che qualsiasi cittadino connesso alla rete potesse in qualsiasi momento della sua giornata schiacciare un bottone e votare, poiché ciò svilirebbe i contenuti e i valori democratici. Piuttosto il criterio, largamente condiviso, ad esempio dai movimenti politici nati in rete, come quello dei «Cinque Stelle» in Italia, o quello dei «Pirati» in Germania, auspica un uso continuo della rete, dei «bottoni», non solo dunque per votare su opzioni nate oltre i cittadini, affinché si riesca a smantellare completamente la distanza tra il cittadino e la sua sovranità, riducendo al minimo lo spazio della delega di rappresentanza.

L'obiettivo è quello di allargare di giorno in giorno la quantità di cittadini in grado di accedere ai mezzi telematici per poter svolgere attivamente i propri diritti-doveri. Motivo per il quale i promotori della democrazia 2.0 sostengono attivamente l'implementazione tecnologica delle società, la diffusione di reti, cablaggi e sistemi wireless in grado di interconnettere sempre, in qualsiasi luogo, ciascun cittadino.

La democrazia partecipata e diretta ha senso solo se chiunque può accedervi senza difficoltà, altrimenti si tratta di un sistema incompiuto e in grado di generare nuove e pericolose forme di esclusione o autoesclusione sociale e politica. E poiché è vero che società e democrazie 2.0 richiedono inevitabilmente discreti livelli di conoscenza tecnologici, i promotori si preoccupano di

osservare che occorre un'evoluzione culturale non da poco che preveda la diffusione di mezzi e conoscenze, magari contando su costi e prezzi alla portata di tutti, in grado di promuovere quel bagaglio culturale tecnologico necessario alla partecipazione, nella convinzione di riuscire a diffondere una nuova idea di società.

Uno degli obiettivi, forse uno dei più importanti, alla base di società e democrazia 2.0 è proprio l'idea che, se si migliorano i mezzi tecnologici, se si permette alle persone di interagire più efficacemente, la conseguenza sarà la costruzione di comunità più consapevoli, più dinamiche, aperte e pronte alla sfida dei cambiamenti.

Tra le molte piattaforme telematiche a disposizione già da qualche tempo si è capito che il libero e continuo accesso alle informazioni riguardanti la pubblica amministrazione, e più in generale la sfera pubblica, può rappresentare quel «salto di qualità» indispensabile per il cittadino. Gli open data sono uno dei capisaldi su cui strutturare le società 2.0 perché essi rispondono ai bisogni primari identificati nel coinvolgimento e nella trasparenza, e perché avvicinano non solo virtualmente, ma anche concretamente, i cittadini alla sfera della gestione pubblica dei propri diritti e doveri.

Oltre a piattaforme di questo tipo, sarebbe necessario avvalersi di specifici software come il «Liquid Feedback», adottato in Germania. Libero e accessibile, si tratta di un software creato per raccogliere e promuovere la formazione di opinioni condivise nell'ambito di comunità territoriali o virtuali. Si tratta di un ottimo esempio di piattaforma digitale interattiva e condivisa che esclude gerarchie o disparità, stimolando l'utente cittadino a creare pacchetti di informazioni, a raffinare gli strumenti per la discussione su varie iniziative; oppure a promuovere e condividere proposte politiche, a gestire il sistema delle votazioni on line, a relazionarsi attraverso un'immediata prossimità virtuale con migliaia di altri cittadini.

Da questi brevi cenni si intuisce come la strada che conduce a società ed a democrazie tra loro sempre più integrate, relazionali e costruite su sistemi che interagiscono, non è più un sogno o un'utopia di pochi, ma probabilmente una necessaria e salutare novità, fermo restando che i semi per una partecipazione più diffusa e proficua alla cosa pubblica nella prospettiva di società autenticamente democratiche non possono prescindere da profonde innovazioni culturali, oltre che tecnologiche, come un sostanziale adeguamento del sistema educativo-formativo alle sfide dei nostri tempi.

#### ***4. La democrazia del web e la società del futuro.***

Abbiamo dunque compreso come parlare di democrazia elettronica non si riduce soltanto alla possibilità per il cittadino di votare schiacciando un bottone comodamente seduto sul divano di casa. La democrazia 2.0 non può essere mortificata a semplice evento in cui il cittadino si trasformi in automa capace solo di «esprimere» un sì o un no, senza coltivare consapevolezza politica.

Si è dunque compreso che per democrazia elettronica non possiamo intendere una consultazione continua del cittadino sul modello dei referendum consultivi dove ciascuno interviene premendo il bottone di cui il suo computer è stato dotato. Si intende invece in questo senso un'idea più partecipata e consapevole di democrazia, che grazie ai mezzi tecnologici è più vicina, se pure in modo virtuale, al cittadino.

Il nodo cruciale passa proprio attraverso l'accettazione e la comprensione che il web, come paradigma dell'accesso globale alla conoscenza e dunque alla partecipazione consapevole, sia il nuovo spazio pubblico per eccellenza, la nuova società del futuro; un luogo virtuale e reale allo stesso tempo, grazie al quale convocare ai propri diritti e ai propri doveri un numero di persone potenzialmente illimitato e potenzialmente informato. Mai infatti

l'umanità ha conosciuto una potenzialità politica e democratica come quella del web in cui prossimo e distante, locale e globale, trovano nuove forme di espressione e di dialogo.

Tale dimensione da cui i confini fisici e i controlli di entità territoriali sembrano essere banditi, implica immediatamente un rischio, quello di lasciare la e-democrazia in balia di populismi o di forme plebiscitarie di democrazia. Ecco dunque che oltre ad una democratica e reale diffusione dei mezzi telematici e delle conoscenze necessarie per usufruirne, uno tra i migliori antidoti a simili pericoli sembra proprio la rivalutazione della dimensione locale e di quelle peculiari specificità di partecipazione, critica e consapevolezza che la contraddistinguono.

In questa proficua relazione tra dimensione locale e spazi sconfinati del web è possibile dire che scompaia, probabilmente, anche l'annosa e sterile contrapposizione tra democrazia rappresentativa e democrazia diretta, poiché siamo già all'interno di una realtà variegata in cui si diffonde un potere che manifesta la presenza diretta di cittadini ben radicati nella reciproca prossimità, proiettati verso l'universalismo del web.

Affinché il web sia un luogo preminentemente democratico, occorre sviluppare al meglio le potenzialità offerte da computer, tablet, smartphone per ciò che concerne la loro capacità di interconnettere gli individui, diffondere informazioni, condividere idee, implementare piattaforme di discussione e di confronto. In questo modo la dimensione della democrazia 2.0 andrà ben oltre l'originaria e immediata procedura di deliberazione approssimandosi a ciò che più somiglia ad un'agorà digitale.

Una democrazia elettronica, che risponda alle caratteristiche di diffusione universale, si costruisce nei modi in cui la rete si sviluppa e si struttura come luogo di produzione, condivisione di conoscenza, valori e diritti pronti ad essere veicolati senza frontiere, né preclusioni. Testimonianza immediatamente percepibile dell'incredibile varietà di opinioni presenti nelle piazze digitali che vanno a definire una moderna laicità in cui la produzione di informazioni e la possibilità di discuterne siano

effettivamente alla portata di ciascun cittadino della rete, come nei blog ad esempio.

Il diritto a tali modalità di partecipazione è il nuovo diritto da difendere e rivendicare, non dimenticando che proprio attraverso gli strumenti dei nuovi media possono venire agevolate l'osservazione e la conoscenza più approfondita dei luoghi che si abitano.

Da queste semplici riflessioni emerge con chiarezza che la democrazia elettronica avrà ragione di esistere se fondata su una inclusione sociale e politica per certi versi ancora più capillare di quella che è stata finora necessaria affinché si creassero società e stati democratici.

L'inclusione tecnologica appare così indispensabile come dimensione-sintesi dell'agire sociale e di quello politico. In tal senso è conseguente il perfezionamento dell'e-government, di quella affidabilità ed efficienza amministrativa che non deve rappresentare un mondo difficilmente accessibile al cittadino, ma casomai uno spazio pubblico aperto e sempre di facile comprensione, in cui diritti, doveri e sicurezza non si ostacolano ma collaborano reciprocamente.

Il punto decisivo, allora, sembra ancora quello della democratizzazione delle nuove tecnologie, una democratizzazione che comprenda anche quel necessario rispetto per la privacy e per le identità private e personali del cittadino del web che usufruisce non solo dei mezzi comunicativi e informativi da lui stesso concepiti, ma anche da quelli messi a disposizione dai governi e dalle amministrazioni.

È ovvio che se i profili dei cittadini utenti verranno utilizzati per costruire liste e banche dati per «controllare» e tenere «virtualmente» sotto controllo i cittadini, la strada verso la democrazia elettronica si farà decisamente ardua. Vien da sé che tale pericolo inficia il basilare fondamento dell'aperta e libera partecipazione e del consapevole scambio tra cittadini ed istituzioni.

Se al posto dei diritti prevarrà il criterio della sicurezza e dell'efficientismo messo in atto dai governi per mezzo delle nuove tecnologie, al cittadino non solo verrà negato il diritto di partecipare autenticamente, ma sarà sottoposto ad una sorta di controllo permanente da cui difficilmente riuscirà a svincolarsi.

È questo al momento uno dei paradossi che la democrazia elettronica porta con sé. Da una parte il consolidamento delle possibilità di partecipazione e di conoscenza che offre al cittadino, anche nella dimensione di una prossimità concreta, dall'altra la trasformazione della persona in un'entità che può subire un controllo continuo.

Occorrerà perciò che la democrazia 2.0 sia ben salda sul principio che le tecnologie del controllo e della sicurezza, pur importanti, non dovranno esserlo di più dei valori di libertà, autonomia, condivisione e partecipazione a cui ciascun cittadino sente di poter accedere grazie alla rete.

Ritengo che si possa partire proprio dalle nuove esperienze di partecipazione locale, di prossimità, per prendere spunto e orientare le dinamiche della democrazia elettronica verso l'attuazione di un web autenticamente sociale capace di creare strumenti aperti alle istanze delle comunità locali e nazionali; ciò; non per favorire una inestricabile frammentazione della sovranità, semmai per garantire partecipazione e diritti.

La traccia da seguire sembra dunque delineata.

Il web è un universo senza centro<sup>5</sup>, dunque potenzialmente egualitario; in questo senso la democrazia della rete potrebbe rappresentare un'opportunità straordinaria per valorizzare i molti centri, le tante realtà del mondo di oggi, ma ciò sarà possibile solo se le regole e i valori che finora hanno supportato la tradizione

---

<sup>5</sup> Per un approfondimento cfr. V. Pepe, *La democrazia di prossimità nella comparazione giuridica* ESI, 2015.

democratica, saranno assunti e perfezionati anche negli infiniti percorsi della rete<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Cfr. D. Pitteri, *Democrazia elettronica*, Laterza, Roma, 2007; G. Tocci, *Governance urbana e democrazia elettronica*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2006; S. Rodotà, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della politica*, Laterza, Roma, 2004.

## CAPITOLO SECONDO

### I DIRITTI DEGLI ANIMALI TRA ETICA E RELIGIONE

di

VINCENZO PEPE

**Sommario:** 1. Introduzione - 2. Il creato. Solo per l'uomo? –  
3. Religioni e animali. - 4. Chi è l'animale? Riflessioni tra  
etica e filosofia. - 5. Lo status morale degli animali

#### *1. Introduzione*

Dopo le ricerche inaugurate nella seconda metà dell'Ottocento da Charles Darwin che hanno definitivamente dimostrato una incontestabile contiguità biologica tra esseri umani e animali, la domanda sulla relazione che deve intercorrere tra noi e “loro” si è fatta urgente e sempre più pressante. Tale rapporto può investire differenti ambiti, dalla biologia alla sociologia, dalla psicologia alla pedagogia, dalla genetica alle tecniche di produzione del cibo o di prodotti per la salute, dalla politica alla giurisdizione, ma è oramai indubbio che vi sia un generale consenso sulla valutazione morale che specifici comportamenti umani determinano verso gli esseri viventi animali. Si tratta di una questione che alla luce degli

sviluppi delle tecnologie genetiche e dell'utilizzo sempre maggiore di cibo di derivazione animale è oramai ineludibile e che racchiude una serie di sfumature quanto mai articolate e complesse.

Agli animali è dovuta una qualche considerazione morale? È legittimo, e fino a che punto, mangiarli, indossarli, utilizzarli nella ricerca, metterli in mostra come negli zoo o farli esibire nel circo e negli spettacoli acquatici? La sofferenza che provano in quanto esseri senzienti ha una rilevanza giuridico-morale? I loro interessi confliggono necessariamente con quelli umani? Domande a cui ancora non si sono date risposte esaustive e che rinviano ad una generale che le comprende tutte: se agli animali debbano o no essere riconosciuti diritti<sup>1</sup>. Come facile intuire si tratta di una problematica enorme che si è andata ad affiancare, associare, talvolta a sovrapporre alla cosiddetta questione ambientale che le nostre società già stanno affrontando con alterni risultati.

La nuova relazionalità che responsabilmente dovremo instaurare con gli esseri viventi senzienti, tra cui gli animali, riguarda certamente l'originario e mai concluso rapporto tra l'uomo e la Natura. In tal senso la tradizione culturale, soprattutto là dove le grandi religioni monoteistiche<sup>2</sup> hanno attecchito, è quella che ha legittimato molti dei nostri comportamenti verso gli altri esseri senzienti con la giustificazione del nostro, umano, esclusivo interesse in quanto specie che domina tutte le altre specie viventi<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Nell'ambito del riconoscimento dei diritti giuridici agli esseri viventi occorre preliminarmente fare chiarezza dal punto di vista terminologico. Secondo una affermata corrente di pensiero – per approfondimenti si veda il saggio di Valerio Pocar *Gli animali non umani*, Laterza, Bari Roma, 1998 - possiamo denominare gli animali quali “*animali non umani*” proprio per sottolineare l'evidente contiguità esistenziale fra gli esseri umani e gli esseri viventi definiti tradizionalmente “animali”.

<sup>2</sup> In una prospettiva teologica e dottrinale è ovvio che uomo e animale non possono essere messi sullo stesso piano. Possono esserlo sul piano biologico, perché appunto fatti della stessa carne e capaci di provare piaceri e sofferenze.

<sup>3</sup> La tradizione teologica ha sancito che il sacrificio del Cristo riguarda solo l'uomo, per quanto redentivo di tutta la creazione corrotta dal peccato umano, poiché solo l'uomo è creatura dotata di libero arbitrio, che non è la mera facoltà di scegliere fra

L'uomo si serve degli esseri non umani, degli animali, ma anche delle piante e dei microrganismi, in molti modi e per scopi diversi: per produrre cibo e manufatti, come mezzi di trasporto o di lavoro, per esperimenti scientifici o a fini educativi o di intrattenimento. Tradizionalmente ciò è stato accettato e raramente messo in discussione, se pure attraverso modalità disomogenee; recentemente però si è sviluppata una più profonda consapevolezza dei problemi etici che ne derivano e una maggiore sensibilità verso ogni forma di lesione o di crudeltà. Senza dubbio in futuro non sarà più possibile limitarsi a prendere in considerazione soltanto gli interessi umani, e quindi a giudicare gli esseri non umani solo come utili strumenti per il soddisfacimento di tali interessi<sup>4</sup>. La domanda che dobbiamo

---

un'opzione e un'altra (anche gli animali lo fanno), ma di scegliere tra il bene e il male; concetti che gli animali non conoscono a livello intellettuale e simbolico, semiotico, morale e filosofico, discipline con le quali l'essere umano li ha elaborati, o trascritti da Dio secondo la Teologia nel cuore dell'uomo.

<sup>4</sup> Si può ritenere che gli esseri non umani siano meritevoli per sé stessi di una considerazione morale indipendente dagli interessi umani, cioè che debba essere riconosciuto loro uno status morale, a prescindere dalla loro utilità per l'uomo. Secondo questa alternativa gli esseri non umani vengono considerati eticamente come "fini in sé", ovvero viene riconosciuto loro uno status morale. Questo significa che l'attore umano ha l'obbligo di tenere in considerazione nelle sue decisioni gli impulsi, originari o acquisiti, degli esseri non umani destinati a subire le conseguenze delle sue azioni. Il riconoscimento di uno status morale agli esseri non umani non implica immediatamente l'attribuzione di diritti. Perché si possano riconoscere loro dei diritti, sia morali sia legali, è necessaria infatti la presenza di alcune condizioni aggiuntive.

Alcune norme generali di comportamento verso gli esseri umani sono oggi ampiamente accettate: non uccidere, non ferire, non causare dolore agli altri, non privarli della loro libertà, ecc. Le giustificazioni etiche di queste norme possono variare, ma non fino al punto che divenga impossibile trovare un accordo sulle questioni centrali. Nel caso degli animali e degli altri esseri non umani, la situazione è diversa: infatti, mentre per alcuni il fatto di causare una lesione, un dolore o la morte di un essere non umano non costituisce un problema di ordine etico, altri non scorgono al contrario alcuna differenza morale tra esseri umani ed esseri non umani, cosicché causare una lesione o la morte di un essere non umano è altrettanto grave che causare quelle di un essere umano. Tra questi due estremi sono possibili molte posizioni intermedie.

porci è quindi: su quali giustificazioni etiche o religiose si fondano gli standard morali riguardanti gli esseri non umani e quali sono gli argomenti a favore o contro?

## ***2. Il creato. Solo per l'uomo?***

Determinante, al fine di comprendere il comune sentire e la sensibilità che tradizionalmente le società umane hanno avuto nei confronti degli animali, è la conoscenza dei dettami religiosi, in particolare delle grandi religioni monoteistiche. La posizione teologica del Cristianesimo, che deriva da quella ebraico-veterotestamentaria, ha come verità originaria l'ordine gerarchico dell'universo creato da Dio al cui vertice sommo Egli siede. Dio ha creato il mondo e ne ha stabilito le leggi. L'uomo è al di sotto di Dio ma è al vertice della creazione, quindi di tutte le altre forme viventi. L'uomo ha ricevuto direttamente da Dio la supremazia sul mondo, è il *dominium terrae*. Gli esseri non umani, privi di anima non hanno la facoltà di dare un nome alle cose e in più passi biblici, dal Genesi al Deuteronomio fino alle Tavole dei Dieci Comandamenti, si fa riferimento al fatto che l'uomo può possedere gli animali per i suoi interessi esistenziali. Filosofi e Padri della Chiesa come Agostino e Tommaso d'Aquino affermano che gli esseri non umani sono stati creati da Dio per servire l'uomo e che l'uomo ha dunque il diritto di utilizzarli per i propri bisogni, per questo anche di ucciderli. Se ci fermassimo qui avremmo una visione chiaramente parziale del rapporto Cristianesimo-esseri viventi non umani. In realtà la ricchezza dei passi biblici e la loro complessità interpretativa apre

---

Si veda Dietmar von de Pfordten, *La considerazione morale dei viventi non umani*, Frontiere della Vita, Philosophisches Seminar der Georg-August-Universität Göttingen, Göttinga, Germania, 1999.

un ventaglio di significati ben più ampio e stimolante. Va detto che i soli evangelisti citano almeno quaranta specie di animali, dalle pecore ai cani, dai pesci agli uccelli, dai vitelli ai capretti, fino a moscerini e cavallette. Brani in cui si evidenzia il legame e il rispetto che lo stesso Gesù aveva nei confronti degli animali. Ma c'è di più. Essi sono veri e propri compagni di viaggio del messia che li rispetta, li salvaguarda e li rende partecipi del suo messaggio di salvezza<sup>5</sup>. Nelle sacre scritture, soprattutto nel Nuovo Testamento, i confini etici per il comportamento degli uomini verso gli esseri non umani sono sostanzialmente articolati secondo il generale divieto dell'uccisione, della violenza e della crudeltà immotivata verso tutte le forme di vita. Occorre pertanto sottolineare che la sensibilità della Chiesa<sup>6</sup> nei confronti di tale questione è decisamente cambiata, anche per merito di pontefici quali Giovanni Paolo II e Papa Francesco. Il Catechismo della Chiesa cattolica, pubblicato nel 1992, interpreta in senso ampio il settimo comandamento: Non rubare, includendovi anche il comportamento umano nei confronti delle creature non umane: “rubare” è inteso come sinonimo di “danneggiare la creazione divina”<sup>7</sup>. Uno spartiacque tra la tradizionale mentalità teologica

---

<sup>5</sup> Nella parabola del ricco e del povero Lazzaro che sembrerebbe già completa con la contrapposizione tra i due protagonisti, Gesù volutamente inserisce un cane che si accorge della situazione di difficoltà del povero e, materialmente, gli accarezza le ferite e le piaghe: *“Un cane, senza che gli si chieda nulla, aiuta chi vede nel bisogno, mentre un uomo non si accorge, o peggio, fa finta di niente”*.

<sup>6</sup> “Gli animali sono la parte più nascosta della Creazione divina, ma noi un giorno li rivedremo nel mistero di Cristo”. Paolo VI, Catechesi. Le parole di Papa Montini seguivano le lacrime e la tristezza di un bimbo che si affliggeva per la morte dell'amato cane.

<sup>7</sup> Nel considerare la posizione cristiana in generale, come pure tutte le altre posizioni teologiche, bisogna tener conto, a mio avviso, del fatto che la creazione divina e l'ordine teleologico del mondo sono un argomento di fede e non di ricerca scientifica. Di conseguenza, l'accettazione della moralità religiosa o teologica è subordinata all'accettazione della fede, sia nel cristianesimo sia in qualsiasi altra religione. La ricerca di una base secolare per l'etica e la moralità, necessaria per i non cristiani e i non credenti, è comunque una necessità anche per i credenti, poiché la stessa indeterminatezza delle direttive bibliche o profetiche impone l'adozione di alcune considerazioni aggiuntive di carattere razionale. Gli esseri umani, destinatari

cristiana e le nuove posizioni della Chiesa è stato indicato appunto da Papa Giovanni Paolo II quando afferma che “Non solo l’uomo ma anche gli animali hanno un soffio divino”, andando così a scompaginare un lungo antropocentrismo religioso, grazie alla ferma convinzione che il creato non è uno scenario inerte ma una realtà viva e palpitante verso cui gli esseri umani non hanno solo diritti ma anche molti doveri. Tale netto cambio di prospettiva è sancito dalla enciclica del 30 dicembre 1987 *Sollicitudo Rei Socialis* nella quale si parla apertamente del rispetto che si deve alla natura di ciascun essere e della sua mutua connessione in un sistema ordinato, che è appunto il cosmo. La rinnovata comprensione della creazione in essa descritta è il principio d’attivazione per un’autentica responsabilità verso la vita globale del pianeta<sup>8</sup>. Sulla strada inaugurata da Papa Wojtyła si inserisce l’Enciclica *Laudato sii* di Papa Bergoglio che in molti hanno addirittura definito una lettera cristiano-ambientalista. Papa Francesco, al di là di talune speculazioni politiche che pure hanno accompagnato la pubblicazione del testo, ha voluto sottolineare nelle meravigliose pagine dell’enciclica un pensiero estremamente semplice e incontenibile per qualsiasi credente: il mondo con le sue creature, l’universo e quanto contiene, sono stati creati da Dio<sup>9</sup>. Impossibile relegare tale riflessione in un angolo teologico, si rischia di ignorare il ruolo stesso di Dio creatore. Si tratta di un tema a vocazione fortemente sociale, viste le notevoli ricadute che ha sulle persone e sulla loro qualità di vita, in ogni parte del

---

di ogni rivelazione o profezia, sono fallibili e dotati di capacità epistemologiche limitate, soggetti inevitabilmente ai pregiudizi storici della loro epoca. Di conseguenza, il ricorso alla razionalità critica è uno strumento indispensabile per eliminare dalle dottrine religiose gli elementi storici in esse contenuti, come appunto il rapporto tra esseri umani ed esseri non umani che sono soggetti necessariamente alle opinioni e alle tradizioni sociali.

<sup>8</sup> Giovanni Paolo II, *Sollicitudo rei socialis. Lettera enciclica nel 20° Anniversario della Populorum progressio*, Paoline editoriale Libri, Roma 1997.

<sup>9</sup> Scrive il Pontefice: “Il cuore è uno solo e la stessa miseria che porta a maltrattare un animale non tarda a manifestarsi nella relazione con le altre persone. Ogni maltrattamento verso qualsiasi creatura è contrario alla dignità umana”.

globo. Il notevole cambio di paradigma voluto da Francesco è nell'aver identificato l'essere umano non come il dominus del creato, semmai come il suo custode. L'uomo deve condurre le altre creature viventi, deve custodirle, viene posto in una posizione di responsabilità rispetto ad esse. Egli non è il despota, non lo sfruttatore<sup>10</sup>. Papa Bergoglio, per mezzo dell'insegnamento di Francesco d'Assisi, il santo che parlava agli animali, ammonisce circa il gravissimo errore per un cristiano di trascurare ciò che è più caro al Signore: la vita di tutte le creature e la creazione, primo moto d'amore di questo mondo materiale, nato appunto da quello stesso amore. Ritengo che le idee di Francesco siano riconducibili all'ambito di una ricerca teologica, filosofica e culturale di piena armonia fra Dio, l'essere umano e la natura. Molti credenti sembrano intimoriti per una possibile "sovversione" dei termini di relazione Dio-uomo-animale di cui trattano le aperture dottrinali di Francesco. Occorre in tal senso specificare che il papa con la sua enciclica ha voluto ribadire che nel creato di Dio ogni creatura occupa un posto in relazione alla sua propria natura e in particolare che l'uomo deve agire con somma responsabilità proprio per il posto a lui riservato dal

---

<sup>10</sup> Francesco non fa altro che rileggere con sensibilità ed equilibrio le parole del Genesi, là dove è scritto: *"Ecco, io vi do ogni erba che produce seme e che è su tutta la terra e ogni albero in cui è il frutto, che produce seme: saranno il vostro cibo. A tutte le bestie selvatiche, a tutti gli uccelli del cielo e a tutti gli esseri che strisciano sulla terra e nei quali è alito di vita, io do in cibo ogni erba verde. E così avvenne. Dio vide quanto aveva fatto, ed ecco, era cosa molto buona. E fu sera e fu mattina: sesto giorno"*. (Genesi 1,29-31). Come non notare la delicatezza di Dio che offre agli animali come cibo "ogni erba verde" (e non dice che il pesce grande deve mangiare il più piccolo o che il leone debba mangiare la gazzella!), e all'uomo semi e frutti: finanche le piante vengono risparmiate dall'essere cibo, finanche la loro vita silenziosa viene rispettata da un Creatore che ama tutte le sue creature chiamate all'esistenza.

creatore<sup>11</sup>. Al termine di questo breve percorso nel pensiero teologico cristiano si avverte la necessità che la ridefinizione dello status degli animali dal punto di vista etico-giuridico (di cui ci occuperemo più avanti) necessiti di un corrispettivo sul piano teologico che chiarifichi per il credente il rispetto della dottrina e il riconoscimento dei nuovi diritti da conferire a una parte straordinaria ed essenziale del creato<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Circa il dibattito all'interno della Chiesa sui temi in questione si vedano per approfondimenti: Mario Canciani, *Avrò un'altra vita, conversazioni sull'Aldilà*, Carroccio edizioni, Milano 1989; dello stesso autore *Vita da prete*, Mondadori, Milano 1991. *Custodire il creato. Teologia, etica e pastorale*, a cura della CEL, ufficio nazionale per i problemi sociali e del lavoro, EDB edizioni, Bologna 2013. Fulvio Ferrario, *La teologia del Novecento*, Carocci, Roma 2011. Pedro Barrajon, *La teologia della creazione*, Regina Apostolorum, 2011. Leonardo Boff, *La terra è nelle nostre mani, una nuova visione del pianeta e dell'umanità*, Terra Santa, 2017; dello stesso autore *Il tao della liberazione. Esplorando l'ecologia della trasformazione*, Fazi, Roma 2014. Paul M. Haffner, *Verso una teologia dell'ambiente*, Edizioni Art, 2007. Luciano Valle, *Papa Francesco e l'ambiente. Percorsi sulla teologia della Creazione dai Padri della Chiesa alla «Laudato si'»*, Ibis, Como 2015. Pierluigi Plata, *Fratello Agnello sorella Volpe. Tutti gli animali presenti nel Vangelo*, San Paolo Edizioni, Roma 2015. Gabriele Scalmana, *Teologia e biologia*, Morcelliana, Brescia 2010. Vito Mancuso, *L'anima e il suo destino*, Raffaello Cortina editore, Milano 2007. Renzo Gerardi, *Teologia morale*, EDB, Bologna 2016. Anna Giorgi, Maurizio Pietro Faggioni, *Uomini e animali. Per un'etica della relazione e dei destini comuni*, EDB, Bologna 2019. Paolo De Benedetti, *Teologia degli animali*, Morcelliana, Brescia 2007.

<sup>12</sup> Si presenta al credente una scelta fondamentale: continuare a utilizzare gli animali a fini umani o rispettarli nella loro vita di creature, ristabilendo anche una omeostasi nel numero di individui e nella loro riproduzione che certamente non è quello necessario all'industria alimentare? Già molti fedeli ritengono che Gesù sia stato, non solo simbolicamente, il solo agnello, non serve sacrificarne altri. Così anche l'Eucarestia, che nel mangiare il corpo di Cristo non ricalca un atto di cannibalismo ma ricorda come partecipando al banchetto della redenzione non vi è bisogno di commettere atti di violenza su altre creature: Cristo ha già offerto tutto. La chiesa sta già riflettendo su quanto sia "cristiano" avallare tacitamente gli allevamenti intensivi, spesso responsabili di squilibri economici ed ambientali. Evidentemente non è questo il modo di prendersi cura della nostra casa comune. Si tratta dunque di temi molto articolati che occupano un vasto dibattito ecclesiastico orientato ad una più profonda comunione con la creazione opera di Dio, rispettando il comandamento del "non uccidere", che non fa distinzioni di specie e non ordina di "non uccidere uomini", ma di non togliere la vita in generale, esattamente come era nel disegno

### 3. Religioni e animali.

Il rapporto esseri umani - esseri viventi animali non umani è altrettanto complesso e ricco di significati in altre importanti religioni. Brevemente citerò alcune caratteristiche essenziali. Mahatma Gandhi ha detto: “La grandezza di una nazione e il suo progresso morale possono essere valutati dal modo in cui vengono trattati i suoi animali”. Le immagini di bovini che pascolano pacificamente tra le strade affollate delle megalopoli del subcontinente indiano ci sono da tempo familiari. In quei luoghi la tradizione è profondamente radicata. Per l’induismo i bovini sono sacri e in modo particolare lo è la vacca il cui archetipo celestiale è Kamadhenu, la “Vacca che realizza i desideri”, nata durante il frullamento dell’oceano di latte al quale partecipano i deva e gli asura. La concezione della sacralità della vacca nasce in epoca remota, quando il bestiame era di vitale importanza per l’economia degli Arya. Si afferma per via dell’associazione della vacca con il rituale brahmanico e con la sacra figura del brahmano officiante: prodotti quale il latte e il burro chiarificato (ghee) sono indispensabili nel culto, e l’animale viene considerato il dono più appropriato da offrire in forma di ricompensa e di omaggio per

---

primigenio del giardino dell’Eden. Questa profonda comunione che si estende a tutto il creato significa entrare in sintonia con la Terra, la nostra casa così maltrattata da stili di vita ormai insostenibili. La Terra non più come luogo di passaggio del quale non prendersi cura, ma come vero e proprio essere vivente, che ci ospita e che ci è stato dato in dono, e come tale da amare e custodire. Un numero sempre maggiore di credenti chiede ai vertici della Chiesa di occuparsi della sorte degli animali e della natura, superando il divario e l’opposizione tra antropocentrismo e antispecismo, riportando tutto su un piano di universale umanità e di universale rispetto per ogni creatura, nonché per il pianeta, nel segno di un rapporto di comunione con quanto Dio vide essere «cosa molto buona» all’atto della creazione. Per approfondimenti sul rapporto antropocentrismo-antispecismo si vedano Leonardo Caffo, *Fragile umanità, il postumano contemporaneo*, Einaudi, Milano 2017. Roberto Marchesini, *Post Human. Verso nuovi modelli di esistenza*, Bollati Boringhieri, Torino 2002. Massimo Filippi, *Questioni di specie*, Eleuthera, Milano 2017.

l'opera prestata dal sacerdote. Nella vacca si identifica una sorta di alter ego del brahmano; l'uccisione di un brahmano è considerato il crimine più grave dalla normativa tradizionale hindu, e così pure viene concepita come colpa gravissima l'uccisione di una vacca. Come vedremo in seguito anche l'ordinamento giuridico indiano riconosce tale sacralità vietando la macellazione di vacche e vitelli. La macellazione e la vendita della loro carne è punibile con sanzioni o, nei casi più gravi (e negli stati più severi) con l'imprigionamento. Altro animale che in India gode di uno status particolare è l'elefante che viene venerato come Ganesha. Ganesha è una divinità molto amata ed invocata poiché è il Signore del buon auspicio che dona prosperità e fortuna; è il distruttore degli ostacoli di ordine materiale o spirituale, per questa ragione se ne invoca la grazia prima di iniziare una qualunque attività, come ad esempio un viaggio, un esame, un colloquio di lavoro, un affare, una cerimonia, o un qualsiasi evento importante. Nell'iconografia dell'elefante che va "a cavallo" di un topolino si rappresenta l'arduo compito di imparare a cavalcare il nostro ego. Ganesh elefante guida il fedele indù in questo difficile percorso. Sempre nelle terre fra il subcontinente indiano e l'Indocina il Gianismo vieta di fare violenza e anche uccidere qualsiasi forma vivente animale. A New Delhi esiste un grande ospedale per gli uccelli, il Jain Charity Birds Hospital in cui vengono curate migliaia di volatili. Nel Buddismo l'importanza della concezione degli animali è addirittura uno dei capisaldi dottrinali. Il primo dei quattro voti che pronunciano i monaci zen è: "Per quanto numerosi siano gli esseri, faccio voto di farli pervenire tutti alla liberazione". Tutti gli esseri viventi, dall'uomo al filo d'erba, possono accedere alla liberazione finale. Una delle caratteristiche del buddismo è infatti che la condizione umana è solo una delle sei possibili condizioni di esistenza nei cicli delle nascite e delle morti, il samsara, che ognuno di noi deve percorrere interamente fino alla liberazione finale, il nirvana. Questa è la legge del karma, che regge tutti gli esseri senza eccezioni e quello che deriva da essa è che siamo

stati, o saremo, non soltanto esseri umani, ma, ad esempio, animali, in funzione dei nostri atti (karma significa “temperamento e azione”). Il buddismo condanna perciò ogni violenza nei confronti di chiunque, di conseguenza anche verso gli animali. In Cina tradizionalmente i seguaci del confucianesimo si nutrivano di cibo animale fatta eccezione per la gallina e il gallo che sono considerati incarnazioni delle forze yin e yang, le energie negative e positive che devono essere mantenute in equilibrio per raggiungere l’armonia all’interno della casa e nel resto dell’universo. Va ricordato che negli ultimi anni il miglioramento delle condizioni economiche e la politica più “liberale” sta cominciando a modificare talune abitudini alimentari. Sempre in Cina è diffuso il Taoismo che nutre grande rispetto vero la natura e parla diffusamente dell’armonia con cui l’essere umano deve convivere con essa. Nella filosofia taoista ad ogni persona corrisponde un animale specifico che ne rispecchia le caratteristiche dell’evoluzione interiore. Molto controverso è l’uso alimentare che in alcune zone della Cina si fa del cane, ma dobbiamo ricordare, per completezza d’informazione che in Europa meridionale il consumo di coniglio è comune, mentre nei paesi anglosassoni è considerato da sempre un animale domestico<sup>13</sup>.

#### ***4. Chi è l’animale? Riflessioni tra etica e filosofia.***

La prima condizione base di ogni etica è l’esistenza di altri esseri, soggetti morali, che pongono delle limitazioni alle nostre azioni. Queste limitazioni non agiscono in modo fattuale, non rappresentano cioè un ostacolo concreto alle azioni umane, come

---

<sup>13</sup> Per approfondimenti si vedano Fritjof Capra, *IL Tao della fisica*, Adelphi, Milano 1989. Alen Danielou, *Miti e dei dell’India*, BUR Rizzoli, Milano 2002. *Fili di seta. Introduzione al pensiero filosofico e religioso dell’Asia*, a cura di Donatella Rossi, Astrolabio Ubaldini, Roma 2018. Maurizio Scarpari, *Ritorno a Confucio, La Cina di oggi tra tradizione e mercato*, Il Mulino, Bologna 2015.

un masso che ostruisce una strada, ma le limitano in senso normativo, dunque morale. La questione cruciale per la costruzione di un'etica non antropocentrica, ovvero che tenga conto di tutti gli esseri viventi è la seguente: si devono considerare limitazioni normative i soli interessi degli esseri umani? Come dobbiamo giudicare gli impulsi (interessi) degli altri animali senzienti, per esempio, l'impulso a muoversi liberamente o a procreare? Cosa pensare dell'impulso a socializzare? E cosa degli impulsi degli animali non senzienti? E della ricerca di acqua e di luce delle piante? Tutti questi interessi possiedono una base fisica e si manifestano nel quadro delle leggi fisiche come accade per molte delle azioni e delle espressioni degli esseri umani, ma al di là dei processi fisici necessari, le azioni non possono esaurirsi come mero effetto della combinazione di alcune forze fisiche, semmai come impulsi di esseri in grado di auto orientarsi, di ricercare l'autoconservazione e l'autosviluppo. Preliminarmente sappiamo che la coscienza e l'articolazione di un impulso non rappresentano una condizione necessaria della sua forza normativa. Se riconosciamo infatti il valore normativo degli impulsi vegetativi nel caso di esseri dotati di coscienza e di linguaggio, perché non dovremmo riconoscerlo anche agli impulsi di quegli esseri che ne sono privi?

Riflettere sulla relazione uomo-animale e ridefinirla secondo una sensibilità adeguata ci conduce immediatamente verso la questione ontologica: cosa è l'animale? A lungo, anche filosoficamente, l'animale è stato considerato res, oggetto; oggi per fortuna non è più così. Un'importante evoluzione del pensiero a cui hanno contribuito autori e filosofi conferma che gli animali non sono oggetto, ma vita, respiro, capacità di sentire e reagire, di socializzare, di scambiare, finanche di ragionare. Tutto ciò ci impone di osservare e comprendere la vita del pianeta sia nella sua accezione di zoè, animalità, sia di biòs, cultura e organizzazione sociale. Per secoli le idee aristoteliche che hanno separato nettamente il mondo umano dal mondo animale hanno avuto la meglio nella filosofia occidentale. Solo dopo Kant

qualcosa cominciò a mutare. Pur riconoscendo che solo ad esseri razionali - l'essere umano - è dato di trascendere il mondo dei bisogni materiali entrando nel cosiddetto "regno dei fini", il filosofo prussiano sostiene che non è lecito né moralmente giusto trattare con crudeltà gli animali, anche per impedire che l'assuefazione alla violenza possa provocare il verificarsi di analoghe crudeltà verso gli esseri umani<sup>14</sup>. Il limite del pensiero kantiano è quello però secondo cui solo gli "esseri razionali" (ovvero razionali alla maniera degli umani), possiedano finalità, rilevanza morale e di conseguenza status giuridico. Nelle filosofie di Hume e Schopenhauer si fa spazio l'etica della compassione che basandosi sull'empatia avvicina gli esseri viventi a partire dalla comune sensazione del dolore. L'etica della compassione, pur non garantendo il riconoscimento giuridico dei diritti agli esseri viventi non umani, o la possibilità di non subire violenze e manipolazioni, servì tra Ottocento e Novecento come base per le prime legislazioni per la protezione di alcune specie animali essenzialmente in ambito anglosassone. Una ulteriore svolta avviene con Husserl. Il padre della fenomenologia sostiene che: "Gli animali, gli esseri animali, sono come noi soggetti di una vita di coscienza in cui, in un certo modo, è dato anche un "mondo ambiente" come il "loro", sulla base di una certezza d'essere. L'essere-soggetto si riferisce all'anima di tali esseri. La loro vita di coscienza, intesa in un senso puramente animale, è centrata, e l'espressione "soggetto per una coscienza", dotato di coscienza, indica qualcosa di analogo o di più generale dell'ego umano delle cogitationes di questi o quei cogitata: per questo non abbiamo nessun termine che sia adeguato. Anche l'animale possiede qualcosa come una struttura egologica"<sup>15</sup>. Chiara la sottolineatura secondo la quale gli animali abbiano una soggettività che

---

<sup>14</sup> Vedi, Immanuel Kant, *La metafisica dei costumi*, a cura di Gianni Vidari, Laterza, Bari 2009.

<sup>15</sup> Per approfondimenti sul rapporto fenomenologia, coscienza, animalità si veda Carmine di Martino, *Viventi umani e non umani. Tecnica, linguaggio, memoria*. Cortina, Milano 2017.

permette loro una comprensione nell'ambito del proprio contesto di vita. Pur non essendo possibile parlare dell'animale in quanto "persona", poiché come rimarca Husserl manca della capacità di produrre un universo simbolico e storico, l'animale non è però da ritenersi inferiore al punto tale da divenire mero oggetto d'uso e consumo. Attraverso il Novecento con le correnti filosofiche comprese nell'Utilitarismo<sup>16</sup> si accentua il carattere non antropocentrico dell'etica e della morale, anche se la gamma dei viventi non umani a cui viene riconosciuto uno status morale è molto limitata e comprende i soli animali superiori senzienti. Il problema, risolto in modo diverso dai vari pensatori utilitaristi, è quello di stabilire se il dolore degli animali sia o no analogo a quello degli esseri umani e di conseguenza a quale categoria ontologica appartenga l'animale. Chi come Bentham interpreta il piacere e il dolore da un punto di vista materialistico o edonistico, propende per il netto avvicinamento tra umani e animali non umani; altri come J.S. Mill interpretano il sentire in senso intellettuale e spirituale ristabilendo una netta differenzialontananza<sup>17</sup>. Da entrambe le prospettive si definisce comunque che gli animali, soprattutto quelli più vicini all'uomo sulla scala evolutiva hanno diritto a non subire eventi dolorosi, anche

---

<sup>16</sup> Fino alla fine degli anni Sessanta la dottrina etica dominante nel mondo anglosassone è stata l'utilitarismo, che ruotava intorno ai concetti di piacere, buono, valore, obbligo e dovere. I diritti svolgevano un ruolo secondario ed erano considerati come una semplice forma o inferenza degli obblighi. In tempi più recenti, dopo l'avvio della rivoluzione individualista contro i principi collettivisti, egualitaristi e massimizzanti dell'utilitarismo, il concetto di diritti si è trasformato in una delle principali armi utilizzate in questo conflitto. L'assegnazione di diritti morali a determinate entità esprimeva due propositi fondamentali: l'unica fonte di un dovere verso un'entità è l'entità stessa e non un qualcosa di esterno, per esempio, il bene collettivo o una regola logica universalizzante comune, come nell'utilitarismo; gli interessi di un'entità (o una parte di questi) non sono soggetti ai criteri di aggregazione interpersonale e di massimizzazione adottati dall'utilitarismo.

<sup>17</sup> Si veda Massimo Reichlin, *L'Utilitarismo*, Il Mulino, Bologna, 2013. *Utilitarismo oggi*, a cura di Eugenio Lecaldano e Salvatore Veca, Laterza, Roma, 1986.

nell'ambito dell'allevamento o della sperimentazione<sup>18</sup>. In termini strettamente biologici e fisiologici dunque gli animali hanno diritto all'autoconservazione, all'integrità del loro corpo, alla riproduzione, al sollievo da atti che possano provocare dolori. Habermas ha tentato di ampliare la portata dell'etica oltre il confine antropocentrico con la costruzione dei cosiddetti "rapporti tra analoghi morali", ovvero di una relazione di probabile simmetria tra gli esseri umani e gli animali<sup>19</sup>. Se trattiamo gli animali in modo comunicativo, come alter ego, allora si stabilisce

---

<sup>18</sup> Secondo la posizione utilitaristica, i test di prodotti cosmetici o comunque di sostanze che non possono né causare gravi danni né procurare grossi vantaggi agli esseri umani o agli animali vanno condannati. La manipolazione genetica degli esseri non umani è consentita, purché non causi danni né agli esseri umani né agli animali, oppure, nel caso sia in qualche misura dannosa, purché i benefici tratti siano superiori alle conseguenze nocive. Per l'utilitarismo è eticamente sbagliato che gli animali non umani siano bruscamente e terribilmente privati delle loro vite dopo essere stati privati della maggior parte delle esperienze positive che avrebbero potuto avere e dopo essere stati sottoposti a terribili sofferenze.

Nessuno accetterebbe, con sincerità e di buon grado, di subire tutti i danni subito dagli animali non umani sfruttati e uccisi per il consumo, in cambio della possibilità di gustare prodotti di origine animale o godere dei vantaggi derivanti dal loro sfruttamento. Se fossimo al posto degli animali non umani troveremmo tale trattamento inaccettabile e lo considereremmo un prezzo troppo elevato da pagare per i piaceri del consumo di prodotti animali. Tutto ciò perché è necessaria troppa sofferenza per produrre soltanto un simile, momentaneo, piacere. L'utilizzo degli animali non accresce la somma della felicità nel mondo, anzi, la diminuisce in modo consistente; pertanto, secondo l'utilitarismo, tale sfruttamento non può essere considerato moralmente lecito. Secondo le varianti più recenti dell'utilitarismo, il criterio fondamentale per il riconoscimento delle entità eticamente rilevanti è la presenza di preferenze o interessi. Essere uccisi è una forma di danno, che però può essere compensato dai piaceri di una vita felice. Gli esponenti più ortodossi di questa scuola non esitano quindi a concludere che il vegetarianismo è sbagliato, perché la sua generalizzazione causerebbe l'abbandono dell'allevamento degli animali e, di conseguenza, la riduzione della quantità totale di felicità esistente, misurata in tutti gli esseri senzienti mediante un parametro denominato QAL Y (Quality Adjusted Life Years, anni di vita corretti per la qualità). Per approfondimenti si veda R. Brandt, *Morality, utilitarianism, and rights*, Cambridge University Press, 1992. F. Feldman, *Utilitarianism, hedonism, and desert*, Cambridge University Press. New York, 1997.

<sup>19</sup> Si vedano a tal proposito di Habermas, *Etica del discorso*, Laterza, Bari 1993; *Teoria della morale*, Laterza, Bari 2016.

una relazione tra analoghi morali. Questo approccio tuttavia non riconosce agli animali uno status morale realmente indipendente, limitandosi a elevare lo status morale degli animali domestici, lasciando quelli selvatici al di fuori da ogni considerazione etica. Il punto sollevato da Habermas ci informa che gli umani hanno obblighi (anche morali) verso gli animali per il solo fatto di rapportarsi a loro. Nei recenti sviluppi del pensiero utilitaristico occorre segnalare il punto di vista di Peter Singer che allontanandosi dai canoni tradizionali dell'etica e della morale utilitaristica traccia una distinzione tra esseri razionali coscienti e autocoscienti<sup>20</sup>. La vita degli esseri razionali e autocoscienti merita un riconoscimento etico proprio, non è soggetta ai criteri di aggregazione interpersonale e di massimizzazione dei diversi interessi. Queste entità razionali e autocoscienti sono individui che conducono una vita indipendente e non possono in nessun modo essere ridotti a meri ricettacoli contenenti una certa quantità di felicità: in altre parole, sono gli esseri umani. Per quanto riguarda gli animali superiori tale status va riservato alle grandi scimmie, cioè scimpanzé, gorilla e oranghi, la cui vita non può essere sottomessa al calcolo utilitaristico generale, tuttavia è preferibile estendere questo tipo di protezione morale anche agli

---

<sup>20</sup> Singer definisce lo specismo nel modo seguente: "*Un pregiudizio o attitudine di una "specie" che parteggia per gli interessi dei propri membri, a discapito di quelli che appartengono ad altre specie.*" La parola "interessi" porta forse al pensare agli hobby, o agli interessi personali ma è usata nello jargon filosofico come sinonimo di bisogni, desideri, preferenze. Lo specismo è il motivo comune per discriminare un individuo sulla sola base della sua appartenenza ad una specie. Le basi sono le stesse di quelle di chi nutre dei pregiudizi sulla razza (razzismo) e sull'appartenenza ad un sesso (discriminazione sessuale). Quando si parla della sofferenza umana, in quanto Homo Sapiens, e la si considera più grave della sofferenza di un animale, si è per così dire "colpevoli di "specismo". Per lo stesso motivo la morte di un essere umano, dal momento che esso appartiene alla specie Homo Sapiens, è peggiore della morte di un animale. Pratiche dello specismo sono l'industria della carne, la sperimentazione sugli animali e gli allevamenti per la produzione di pellicce. Per approfondimenti si vedano A. Rivera, *La bella la bestia e l'umano*, Ediesse edizioni, Roma 2010. G. Martino, *In crisi d'identità. Contro natura o contro la natura?* Mondadori università, Milano 2014. P. Singer, *Liberazione animale. Il manifesto di un movimento diffuso in tutto il mondo*, Il Saggiatore, Milano 2009.

altri mammiferi, come balene, delfini, scimmie, cani, gatti, bovini, maiali, ecc. Il mantenimento in cattività e l'uccisione di mammiferi superiori a scopi alimentari o per analoghi interessi umani sono quindi moralmente condannabili. In sintesi Singer chiede che vengano stabiliti diritti morali e legali per le grandi scimmie. La sperimentazione che causa la morte di mammiferi è considerata illecita, a meno che non si tratti di un esperimento in grado di salvare la vita di molte "persone" (umane o animali) sacrificandone una sola<sup>21</sup>. La critica mossa verso tale punto di vista parte dal semplice presupposto che, come non pretendiamo che un essere umano sacrifichi la propria vita, per esempio, donando i propri organi per salvare altre vite, così non vi è in generale una ragione per pretenderlo dagli animali.

L'etica che "dobbiamo" alle forme viventi non umane, in primo luogo agli animali, ha subito una spinta notevole negli ultimi anni grazie alle teorie del filosofo statunitense Tom Regan. Ogni "soggetto di una vita" ha un valore intrinseco e merita quindi rispetto, o meglio è titolare del diritto di essere rispettato. Gli individui "sono soggetti di una vita se sono in grado di percepire e di ricordare; se hanno credenze, desideri e preferenze; se sono in grado di agire intenzionalmente in vista del soddisfacimento dei propri desideri e del conseguimento dei propri obiettivi; se sono senzienti e se hanno una vita emozionale; se hanno il senso del futuro e, in particolare, del proprio futuro; se hanno un'identità psico-fisica nel tempo e sono in grado di avere esperienze di

---

<sup>21</sup> Per gli animali diversi dai mammiferi sono previste limitazioni meno rigide. Le vite di questi animali sono soggette ai criteri di aggregazione interpersonale e di massimizzazione degli interessi, come nell'utilitarismo classico, e di conseguenza non se ne proibiscono il mantenimento in cattività e l'uccisione per soddisfare i bisogni umani, se questo produce un aumento della quantità totale di piacere esistente. La sperimentazione medica o scientifica è consentita in base a un principio utilitaristico, cioè se essa è in grado di incrementare il benessere generale. Si vedano P. Singer, *Liberazione animale*, Mondadori, Milano 1991; *Ripensare la vita, la vecchia morale non serve più*, Il Saggiatore, Milano 1996; *Come mangiamo. Le conseguenze etiche delle nostre scelte alimentari*, Il Saggiatore, Milano 2016.

benessere individuale, ecc”<sup>22</sup>. Le conclusioni sono radicali: la sperimentazione animale è severamente proibita. Afferma Regan che coloro che accettano la visione dei diritti e che firmano per gli animali, non potranno essere soddisfatti da nulla che sia meno della proibizione totale dell’uso pernicioso degli animali nella scienza, anche a fini didattici, nei test di tossicità, nella ricerca di base. Anche l’uccisione degli animali viene proibita e il loro mantenimento in cattività fortemente limitato. Da Regan derivano molte delle posizioni etiche che si sono affermate negli ultimi anni come l’egualitarismo che parte dal presupposto che non è possibile giustificare moralmente nessuna sopravvalutazione degli esseri umani e dei loro interessi a discapito di tutti gli altri esseri viventi. La tesi sostenuta nell’egualitarismo è che non esiste nessun elemento oggettivo che giustifichi una disparità di trattamento tra gli esseri umani e gli animali, soprattutto di quelli superiori. Non vi è alcun motivo di ritenere che il dolore umano sia, in genere, più acuto di quello animale o che gli interessi umani meritino più attenzione di quelli animali: agli animali manca però la coscienza della durata e della persistenza del dolore, che rende meno sopportabili le sofferenze degli esseri umani, ma manca anche la capacità di prevedere la fine del dolore, che contribuisce ad alleviare le sofferenze umane<sup>23</sup>. Le teorie finora riportate ammettono nel campo della considerazione morale non antropocentrica i soli animali senzienti. Sembra dunque che la coscienza o l’autocoscienza, o entrambe, rappresentino la condizione necessaria per il

---

<sup>22</sup> Si vedano di Regan, *I diritti animali*, Garzanti, Milano 1990; *Gabbie vuote. La sfida dei diritti animali*, Sonda, Casale Monferrato 2005.

<sup>23</sup> R. Ryder, *Animal Revolution: Changing Attitudes Towards Speciesism*, Bloomsbury Publishing PLC, 2000. A mio avviso occorre però porsi una domanda riguardo al tema dell’egualitarismo: uguaglianza di cosa? il primo passo di una teoria etica dovrebbe essere l’individuazione del criterio eticamente rilevante. Solo in seguito si potrà stabilire se sia giusto oppure no seguire un comportamento egualitario, il dolore e la coscienza non possono essere giudicati l’unico o il più elevato criterio etico. Di conseguenza, il giudizio sulla teoria egualitaristica deve essere sospeso fino a quando non verrà stabilito un altro criterio etico determinante.

riconoscimento di uno status morale. Altri autori contestano però la validità di queste condizioni e assumono come criterio etico decisivo la “vita”, in tutte le sue forme. Secondo costoro, quindi, anche le piante e i microrganismi devono essere considerati soggetti morali. In questo modo l’etica animale deve trasformarsi in etica cosmica-ambientale. Alcuni spingono questa visione olistica fino a includere nel campo etico le diverse specie, gli eco sistemi e tutta la biosfera. Queste posizioni si distinguono solo per il peso attribuito alle diverse forme di vita: per alcuni si deve tener conto di una gerarchia mentre altri sostengono l’esistenza di una sostanziale uguaglianza<sup>24</sup>.

### ***5. Lo status morale degli animali***

Si è osservato che l’introduzione del concetto di interessi (piaceri utili), come ha fatto l’utilitarismo o l’esistenza dei “soggetti morali” (Habermas), non permettono di risolvere una volta per tutte il problema della giustificazione etica, ossia di stabilire quali entità siano suscettibili di considerazione etica e quali no, poiché simili concetti sono impiegati con significati molto diversi e di difficile determinazione. Sembrano in pratica mancare di criteri oggettivi. Per Singer, ad esempio, è impossibile trovare una linea di demarcazione netta tra esseri umani e animali non umani, piuttosto va segnalato un continuum nel quale ci si può muovere gradualmente tra le specie, basandosi sulla capacità di provare dolore e piacere, dal modo più semplice di provarlo fino ai modi più complessi, come quelli umani<sup>25</sup>: il dolore quindi come

---

<sup>24</sup> Per approfondimenti si vedano R. Attfield, *Environmental Ethics: An Overview for the Twenty-First Century*, Polity Press, Oxford 2014. C. Taylor, *Etica e umanità*, Vita e pensiero editore, Milano 2004.

<sup>25</sup> Dato che questa linea di demarcazione non esiste, ogni qualvolta i filosofi vogliono trovare un modo per dividere gli esseri umani dalle altre specie animali, finiscono con il parlare di “intrinseca dignità dell’essere umano”, visione contestata da Singer in quanto non avrebbe una solida base filosofica dietro, ma solo una scelta di campo specista: “*The truth is that the appeal to the intrinsic dignity of human beings appears to solve theegalitarian's problems only as long as it goes*

discrimine per valorizzare lo statuto morale degli animali. Egli offre un'alternativa alla concezione che la vita di tutti gli esseri umani abbia lo stesso valore, come chiarito dalle filosofie neokantiane o dalla maggiorparte delle religioni monoteistiche o da ideologie egualitaristiche. Singer propone dunque una visione più graduata che basi lo status morale di un individuo non sulle sue capacità cognitive - razionali, linguistiche, computeristiche - ma su una sola capacità cognitiva: quella di provare dolore, e questo deve valere sia per gli esseri umani che per gli animali non umani. Una teoria che oggi sembra raccogliere molti consensi ma che, se certamente apprezzabile, non pare risolvere definitivamente la questione dell'oggettività del criterio morale di cui stiamo dibattendo.

A mio avviso all'idea di Singer è possibile sommare la possibilità di riconoscere che le entità – viventi – possiedono sia interessi autoattribuiti sia la percezione di quella autoattribuzione. Autoproduzione, autosviluppo e autoconservazione rappresentano lo sviluppo di ogni essere vivente, laddove sono presenti le tre condizioni allora lo status morale è legittimo e dovuto. Ad esempio: gli animali superiori selvatici possiedono capacità di autoproduzione, autosviluppo e autoconservazione, come gli esseri umani; negli animali superiori domestici è presente la capacità di autoprodursi ma l'autonomia dello sviluppo e della

---

*unchallenged. Once we ask why it should be that all humans—including infants, mental defectives, psychopaths, Hitler, Stalin, and therest— have some kind of dignity or worth that no elephant, pig, or chimpanzee can ever achieve, we see that this question is as difficult to answer as our original request for some relevant fact that justifies the inequality of humans and other animals. In fact, these two questions are really one: talk of intrinsic dignity or moral worth only takes the problem back one step, because any satisfactory defence of the claim that all and only humans have intrinsic dignity would need to refer to some relevant capacities or characteristics that all and only humans possess. Philosophers frequently introduce ideas of dignity, respect, and worth at the point at which other reasons appear to be lacking, but this is hardly good enough. Fine phrases are the last resource of those who have run out of arguments". P. Singer, Speciesism and moral status, in Metaphilosophy 40, 3-4, 2009, p. 569.*

conservazione è limitata dalla domesticità; le piante selvatiche possiedono capacità di autoproduzione, autosviluppo e autoconservazione, ma non hanno evidentemente razionalità, linguaggio, sensibilità e movimento. Le piante domestiche hanno la capacità di autoprodursi, limitata però, come lo sviluppo e la conservazione, dall'ingegneria genetica e dalla coltivazione; per le pietre o i fiumi, produzione, sviluppo e conservazione sono causati unicamente da processi chimici e fisici esterni e non vi alcuna autoattribuzione. Ancora, i computer presentano produzione non autonoma, perché costruiti dagli esseri umani, ma parziali capacità di sviluppo e di conservazione autonomi nei modelli avanzati (per esempio, auto controllo computerizzato). Cosa ci racconta questa prospettiva? Che tutti gli esseri viventi non umani, cioè animali, piante e microrganismi, possono essere riconosciuti come soggetti morali dotati di propri interessi e, di conseguenza, di status morale, ma con specificazioni peculiari, mentre le entità collettive, come le specie, gli eco sistemi o la biosfera, sembrano al momento escluse da tale riconoscimento. Il loro sviluppo e la loro esistenza, a differenza degli aggregati umani che sono l'esito di processi fisici e culturali (diritto, economia, politica), sono infatti il risultato dei soli comportamenti degli individui che le compongono e dell'azione delle forze fisiche.

Tale prospettiva spiega che sussiste una sorta di scala di complessità dell'autoattribuzione degli interessi in relazione non solo a specifici criteri razionali, linguaggio, calcolo, specializzazione ma anche a criteri di aggregazione, comunicazione e condivisione. L'esistenza di una comunità volontaria, che preveda obblighi di mutuo soccorso tra i suoi membri riduce il livello di discrepanza tra gli interessi necessario per consentire un'aggregazione interpersonale. Il fatto di vivere insieme in una società dà infatti origine ad alcuni doveri fondamentali di soccorso: se qualcuno è in pericolo è dovere degli altri componenti della società prestare aiuto. Ciò, come ampiamente osservato, è quanto accade anche in molte specie

animali, come ad esempio tra gli elefanti, le balene, i lupi dove il livello di condivisione di interessi individuali e sociali è elevato e oramai ampiamente dimostrato<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> Per Scruton invece – R. Scruton, *Animal rights and wrong*, 2006 - due sono le conclusioni fondamentali riguardo lo status morale degli animali non umani. La prima è che gli animali non umani hanno uno status morale inferiore, quantitativamente minore, a quello degli esseri umani e le loro vite sono meno importanti di quelle degli esseri umani, soprattutto nei casi in cui una vita umana dipende dal sacrificio di diverse vite animali. Per la ragione secondo cui è impossibile ricondurre gli animali non umani a novero degli esseri morali, è impossibile anche la loro inclusione nel nostro sistema di diritti doveri reciproci, e oltreché impossibile, questa inclusione sarebbe dannosa per loro, in quanto non possiamo costringere degli animali a vivere delle esistenze che sarebbero più consone a quelle di esseri umani. La seconda è che, nonostante questo, l'inflizione di sofferenze agli animali non umani deliberatamente e senza ragione, rimane una cosa moralmente condannabile, e che anche se gli animali non hanno diritti, noi abbiamo dei doveri nei loro confronti, specie nei confronti di quelli di cui abbiamo responsabilità diretta. Come ad esempio per gli animali da compagnia, gli animali da fattoria e gli animali da laboratorio. Nel caso di questi ultimi, per Scruton le esigenze morali sono soddisfatte quando agli animali vengano concessi libertà, cibo e distrazioni sufficienti a far vivere loro delle vite appagabili indipendentemente da quando e come vengono uccisi.

## CAPITOLO TERZO

### LA SUSSIDIARIETÀ.

#### NOZIONE ED EVOLUZIONE STORICA

di

VINCENZO PEPE

**Sommario:** 1. Definizione. 2. La sussidiarietà come soccorso e supplenza. 3. La sussidiarietà verticale e orizzontale. 4. La sussidiarietà complessa o mista. 5. La democrazia della prossimità. 6. La sussidiarietà nella storia del pensiero politico-giuridico. 7. Da Tommaso d'Aquino ad Althusius. 8. La sussidiarietà nel pensiero moderno. 9. La sussidiarietà nel pensiero liberale tedesco. 10. Il progetto giacobino e la negazione della sussidiarietà.

#### *1. Definizione*

Nella lingua latina il *subsidium* è definito come una riserva, ovvero, una milizia di riserva: un'integrazione, un soccorso in

caso di necessità<sup>1</sup>. Non è facile nel nostro idioma dare un significato univoco al termine «sussidiarietà», anzi, non v'è neppur, concordanza sull'utilizzo della parola<sup>2</sup>. Nel linguaggio militare sta ad indicare l'idea di truppa di riserva, di rinforzo, sostegno, che in caso di necessità deve intervenire. Nei dizionari di lingua italiana per altro il termine sussidiarietà spesso non è neppure presente, ed occorre in genere ricorrere al verbo «sussidiare», mentre nei recentissimi dizionari la sussidiarietà è riferita anche alla scienza penalistica; in tali discipline l'accezione del termine di sussidiarietà va riferita al rapporto tra «due norme penali che prevedono stadi o gradi diversi di offesa ad un medesimo bene, in forza del quale l'applicazione della norma che

---

Il presente saggio, in parte rivisto, è tratto dal volume di V. Pepe, *La sussidiarietà nella comparazione giuridica*, Napoli, Jovene, 2003.

<sup>1</sup> «Sussidiarietà è il principio per il quale autorità a livello gerarchico superiore, si sostituisce ad una di livello inferiore quando quest'ultima non compie atti di sua competenza». G. Devoto, G.Oli, *Il dizionario della lingua italiana*, Firenze, 2000-2003, p. 2087. Tra le diverse definizioni vi è quella di «sussidiarietà» come «principio per il quale il potere pubblico può svolgere solo le attività che i privati non siano in gradi di compiere, fatta eccezione per quanto è ritenuto di particolare importanza strategica per la collettività». E. Palazzi, G. Folena, *Dizionario della lingua italiana*, Torino, 1996. Per ulteriori approfondimenti, vedi: G. D'Agnolo, *La sussidiarietà nell'Unione europea*, Padova, 1998, p. 2, ivi si analizza non solo l'ambiguità del principio ma anche che questo concetto «assumeva le forme di sostantivo concreto (subsidiium), di aggettivo (subsidiarius) e di verbo (subsidiari e subsidere), ma non veniva espresso in termini astratti, quali la sussidiarietà». Una spiegazione a tale lacuna linguistica si potrebbe rintracciare nel fatto che, da una parte, solo in tempi relativamente recenti si è sentito il bisogno di utilizzare questa radice verbale nel contesto dell'organizzazione sociale, e quindi solo allora si sarebbe coniato il relativo termine grammaticalmente idoneo a denotare un principio.

<sup>2</sup> S. Cassese, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, In. AA.VV, *Sussidiarietà e pubbliche amministrazioni*, Rimini, 1997, p. 73. Ivi si afferma che la sussidiarietà è un principio ambiguo, con almeno trenta diversi significati, programma, formula magica, alibi, mito, epitome della confusione, foglia di fico. «Ciò che ha impedito che su di essa si esercitasse una riflessione ricchissima: una integrazione del sistema di documentazione della Corte di giustizia europea ha consentito di raccogliere 214 indicazioni bibliografiche di articoli pubblicati sul tema soltanto negli anni dal 1991 al 1995.»

prevede l'offesa più grave esclude l'applicazione di quella che prevede l'offesa meno grave»<sup>3</sup>.

## **2. La sussidiarietà come soccorso e supplezza**

Come si è appena accennato, il termine sussidiarietà si riferisce generalmente all'idea della funzione ausiliare o suppletiva: una supplezza o un soccorso in caso di bisogno. In tal senso, il soccorso viene a soddisfare una necessità, pertanto, non c'è soccorso là ove non sussiste un bisogno; di solito «si soccorre colui che non basta più a se stesso»<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Sull'etimo del termine sussidiarietà, vedi: P. Palazzi, G. Folena, *Dizionario di lingua italiana*, op. cit., p. 836. Per i significati giuridici più generali si veda: L. Violini, *Il principio di sussidiarietà*, in G. Vittadini, *Sussidiarietà la riforma possibile*, Perugia, 1998, p. 53, il *subsidium* nella terminologia corrente militare romana indicava le truppe di riserva che rimanevano dietro al fronte, pronte ad intervenire in aiuto alle coorti che combattevano nelle prime linee. Sulla concezione sussidiaria del diritto penale, rispetto alle tecniche sanzionatorie amministrative o civilistiche, nonché, sull'applicazione del principio alla materia della contabilità e della giustizia costituzionale: A. Spadaro, *Sui principi di continuità dell'ordinamento, di sussidiarietà e di cooperazione fra Comunità, Unione europea, Stato e regioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1994, p. 549. Sul concetto di sussidiarietà nella disciplina penalistica, vedi: C. Pepe, *Note sul principio di sussidiarietà: tra sanzione penale e sanzione amministrativa*, in *Il Foro amm.*, 2/3, 1994, p. 728, ivi si analizza l'accoglimento del principio di sussidiarietà da parte della Corte costituzionale. Per ulteriori approfondimenti sui risvolti civilistici della sussidiarietà, vedi: G. Cipparone, *Solidarietà, alternative, sussidiarietà: come coordinare l'obbligazione aquiliana con quella dell'assicurazione ex lege 990/1969*, in *Assicurazioni*, 1978, p. 260; A. Pollice, *In tema di contabilità pubblica. Solidarietà e sussidiarietà nell'obbligazione risarcitoria. Rivalutazione monetaria*, in *Nuova rass.*, 1991, p. 331.

<sup>4</sup> Cfr. C. Millon-Delsol, *L'Etat subsidiaire*, 1992, Paris, p. 10 (trad. it. a cura di R. Sapienza, *Lo Stato della sussidiarietà*, op. cit., p. 10), nel definire la sussidiarietà come soccorso afferma che «...Si tira fuori dall'acqua uno che sta annegando: ma una volta tratto a riva non c'è motivo di portarlo sulle spalle». Sulla sussidiarietà come supplezza, vedi: A. Rinella, *ult. op. cit.*, p. 4, la sussidiarietà come supplezza sottintende i concetti di supplementarietà e di complementarietà. «È supplementare ciò che si aggiunge al fine di conferire integrità e completezza a qualcosa che, viceversa, appare carente, parzialmente incompiuto». Per ulteriori approfondimenti sulla nozione di sussidiarietà, vedi: A. Waschkuhn, *Was ist subsidiarität?*,

La sussidiarietà indica, altresì, una funzione suppletiva, ma si tratta di supplenza come necessità aggiuntiva e non sostitutiva, come nell'espressione «supplire, un Assente»<sup>5</sup>. La nozione di sussidiarietà viene ampiamente utilizzata nel pensiero politico e giuridico come principio di organizzazione sociale che può assumere in una visione estensiva anche la rilevanza di principio di organizzazione politica ed economica. L'idea di sussidiarietà si riferisce non solo alle competenze, ma anche alla funzione dell'autorità in generale e rappresenta, altresì un meccanismo regolatore del rapporto tra l'individuo e l'autorità, nel senso che richiede che nella società nessuna autorità oltrepassi le proprie funzioni. Una qualunque autorità ha il diritto-dovere di intervenire, ovvero di supplire, solo qualora sussistano, delle necessità e insufficienze da parte di una autorità di grado inferiore. L'autorità è sussidiaria nel senso di ausiliare, ovvero, come sostiene C. Millon - Delsol, necessaria «solo sulla base del bisogno», in tal senso il suo intervento è obbligato e non eventuale. L'autorità gioca, altresì, «un ruolo sussidiario nel senso di soccorso positivo» ed è suppletiva perché «essa ha come scopo finale quello di venire incontro alle insufficienze della società, ma senza operare in sua vece nei campi in cui essa basta a sé stessa»<sup>6</sup>. Nella dottrina dello Stato il principio di sussidiarietà si può

---

Darmstadt, 1995, p. 170, ivi ampia bibliografia. Sull'evoluzione del principio di sussidiarietà e i suoi vari significati, nella letteratura giuridica tedesca, vedi: K.P.Schmid, *Die EG Debatte uber subsidiariat: Entscheidet Brissel oder jeder Staat fur sich? Das Zanberwort far Europa*. Miide, in *Die Zeit*, n. 44 (23.10.1992), p. 9.

<sup>5</sup> C. Millon-Delsol, *op. cit.*, p. 10. Sul concetto di sussidiarietà come valore e mola organizzativa vedi: V. Baldini, *La sussidiarietà coorganizzatoria: riflessioni e valore e come formula sociali tra regionalismo e riflessioni su una Schlagwor del diritto pubblico*, in L. Chieffi, *I diritti prospettive federali*, Padova 1999, p. 55 quale sostiene che «la crescente importanza che il principio di sussidiarietà come criterio organizzativo è venuto assumendo non riduce l'ambiguità di fondo inerente alla sua origine essenzialmente filosofico- sociale, la quale sembra trasmettersi alle diverse interpretazioni che del principio stesso sono offerte dalla scienza giuridica» Per un'analisi dogmatica del principio di sussidiarietà cfr.: J Isensee, *Subsidiariats. prinzip una Velfassungsrecht*, Berlin, 1968, *passim*.

<sup>6</sup> C. Millon-Delsol, *op. cit.*, p. 11.

sostanziare nell'idea di organizzazione sociale e statale ove si esplica l'analisi di dove e fino a che punto l'autorità può spingersi nel limitare le libertà ed autonomie dei singoli o delle associazioni; ed è proprio intorno al meccanismo di ingerenza dello Stato nel limitare la libertà della persona umana che si basa il conflitto fra lo Stato assistenziale e quello liberale.

### ***3. La sussidiarietà verticale e orizzontale***

Nel linguaggio giuridico, politico e sociologico, la parola sussidiarietà ha assunto recentemente una diversità di significati, tanto che spesso viene accompagnata e qualificata da aggettivi come verticale o orizzontale. La sussidiarietà verticale assume il significato di rapporto tra ordinamenti o tra diversi livelli di autorità, come anche di rapporto tra livelli interni dello Stato, o tra Stato ed enti locali forniti di una propria autonomia. La sussidiarietà orizzontale si riferisce, invece, alla relazione tra Stato - cittadino - aggregazioni sociali, in una prospettiva di sviluppo esponenziale dell'autonomia dei privati e di corrispondente limitazione dell'intervento dei pubblici poteri. La sussidiarietà orizzontale assume significati più ampi ed articolati rispetto a quella verticale, poiché, sta ad indicare che talune attività possono essere esercitate da istituzioni pubbliche, solo nei casi in cui le funzioni medesime non possano essere idoneamente esercitate dai cittadini e dalla società o dalle organizzazioni sociali<sup>7</sup>. La concezione orizzontale della sussidiarietà si fonda sul presupposto che le funzioni pubbliche debbano essere esercitate al livello più vicino possibile ai cittadini, consentendo la loro effettiva partecipazione<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> In tal senso: G. Pastori, *La sussidiarietà orizzontale. Alla prova dei fatti nelle recenti riforme legislative*, in (a cura di) A. Rinella ed altri, *op. ult. cit.*, p. 170.

<sup>8</sup> P. Duret, *Sussidiarietà orizzontale. Le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus*, in *Riv. sc. giur.*, 1, 2000, p. 95 questo Autore tenta di cogliere alcune linee-guida. presenti nel pensiero classico che costituiscono l'impalcatura di base della nozione

Il principio di sussidiarietà nella dottrina dello Stato, anche per i suoi molteplici significati riferiti alla verticalità ed orizzontalità, viene collocato in uno scenario che va dal più ampio decentramento istituzionale ad una forte autonomia della persona umana e delle aggregazioni sociali. In tal senso, la sussidiarietà viene definita come il principio con cui è possibile esaltare la socializzazione dei poteri pubblici e l'autonomia dei privati<sup>9</sup>.

La sussidiarietà assurge, altresì, ad uno dei principi forti e fondanti di un sistema costituzionale: come il principio che facilita e permette un maggiore equilibrio nella ricomposizione dei conflitti, pur nel rispetto delle libertà e dei diritti della persona umana. Sotto altro profilo può essere considerata come uno strumento teso alla ricomposizione o al mantenimento degli equilibri tra pubblico e privato, riaffermando delle caratteristiche

---

di sussidiarietà nel senso orizzontale, che ne rappresenta, del resto, la dimensione originaria. Per ulteriori approfondimenti, vedi: T.E. Frosini, *Profili costituzionali della sussidiarietà in senso orizzontale*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 1, 2000, p. 49; ivi si sostiene che, almeno tre sono gli usi pragmatici del termine sussidiarietà, che possono essere utilmente utilizzati nell'ambito del diritto costituzionale. Sulle resistenze culturali in ordine all'applicazione della sussidiarietà orizzontale, vedi: E. Bonelli, *Principio di sussidiarietà, regionalismo cooperativo e riforma del Welfare: quale sintesi possibile?*, in 1989, *Riv. dir. pub.*, e sc. poi., 1, 2000, p. 5, ivi si mettono in risalto le resistenze inerenti la materializzazione del principio di sussidiarietà inteso in senso orizzontale, ossia nei rapporti tra Stato-apparato ed enti (non territoriali) che sono espressione di una società di tipo pluralistico. Nell'ambito della sussidiarietà orizzontale è espresso fortemente il canone della supplezza.

<sup>9</sup> Cfr. P. Ridola, *Forma di Stato e principio di sussidiarietà*, in AA.VV., *La riforma costituzionale*, Padova, 1999, p. 205, questo Autore osserva come la sussidiarietà verticale e orizzontale presenterebbero elementi in comune, essendo entrambe radicate «nel bisogno di allargare la dimensione comunitaria e la legittimazione democratica dei poteri pubblici», anche C. Pinelli, *Legalità e sussidiarietà tra diritto interno e diritto comunitario*, op cit., p. 5 sostiene che «la distinzione tra sussidiarietà in senso orizzontale o verticale ha una portata meramente descrittiva... la sussidiarietà presuppone l'autonomia territoriale e le formazioni sociali; riconosciuta l'una non è possibile riconoscere l'altra». Cfr L. Antonin, *Il lento cammino della sussidiarietà. Tra ostacoli di fatto e convergenze teoriche*, in *Non profit e servizi di pubblica utilità*, 1, 2000, p. 12, ivi si sostengono alcune ipotesi di superamento dell'impostazione tradizionale del problema della giustiziabilità del principio di sussidiarietà.

e peculiarità non solo dello Stato di democrazia pluralista ma dello stesso modello di Stato sussidiario.

#### ***4. Le sussidiarietà complessa o mista***

Nell'ampio ed articolato panorama dei meccanismi riconducibili al concetto di sussidiarietà è ipotizzabile un tipo di sussidiarietà complessa o mista.

Spesso è impossibile delimitare con chiarezza la sussidiarietà verticale da quella orizzontale perché sussistono meccanismi sussidiari caratterizzati sia da elementi riconducibili alla sussidiarietà verticale che a quella orizzontale.

Nella sussidiarietà complessa, quindi, si intersecano rapporti di sussidiarietà verticale e orizzontale con una commistione tale da rendere, oltremodo, difficile la distinzione tra la sussidiarietà verticale da quella orizzontale.

In taluni finanziamenti europei è richiesta una concertazione nei cui meccanismi si inseriscono sia elementi di sussidiarietà verticale che orizzontale.

La sussidiarietà complessa o mista ci fa comprendere com'è difficile suddividere teoricamente un concetto così complesso ed articolato come il principio di sussidiarietà.

La sussidiarietà è il principio generale di un processo organizzatorio che è alla base di un modello di Stato, lo Stato sussidiario, ove tutti i meccanismi giuridici, politici, sociali ed economici sono tesi a garantire una particolare forma di democrazia che è quella della prossimità.

#### ***5. La democrazia della prossimità***

L'idea della sussidiarietà non si esaurisce nel mero meccanismo regolatore di competenze ma è una filosofia che deve informare tutti i rapporti istituzionali, ovvero, lo stile di vita della comunità. Lo Stato sussidiario deve tendere sempre a privilegiare

aprioristicamente la libertà e l'autonomia della persona umana limitando al massimo l'intervento dei poteri pubblici. L'autorità superiore deve intervenire solo in caso di necessità per supplire essere d'ausilio al livello inferiore quando questo non riesce da solo a soddisfare i propri bisogni. In tal senso, la sussidiarietà può essere rappresentata come democrazia della prossimità, ovvero come esaltazione aprioristica del cittadino o del livello più vicino al cittadino.

Lo Stato sussidiario si diversifica dalle altre forme di Stato proprio perché pone la libertà e l'autonomia della persona umana e dei gruppi sociali come principio informatore di ogni tipo di rapporto ritenendo quest'ultimi detentori di una competenza generale.

## ***6. La sussidiarietà nella storia del pensiero politico-giuridico***

Un'interessante analisi sull'evoluzione storica e filosofica del concetto di sussidiarietà dal pensiero antico sino al contributo della dottrina sociale della Chiesa è cenamene quella di C. Millon - Delsol che può costituire un utile strumento per sottolineare i punti salienti che hanno condotto all'idea contemporanea di sussidiarietà. La riflessione sull'evoluzione storica del concetto di sussidiarietà risulta indispensabile proprio in ragione della sua poliedricità ed ambiguità che ne determina una difficile applicazione<sup>10</sup>.

L'idea di sussidiarietà, presente nella filosofia cristiana medievale e nella concezione tedesca della società<sup>11</sup>, è all'origine del

---

<sup>10</sup> C Millon – Delsol, *op. cit.*, passim.

<sup>11</sup> Per un inquadramento concettuale del principio ed un'analisi sulla necessità di riflettere sulla sua origine, vedi: M.T. Serra, *il sistema autonomistico locale nell'ordinamento regionale*, Milano 1999, p. 203, questo autore afferma che è solo risalendo alle origini del principio di sussidiarietà che “si che si può scoprire il senso più autentico del principio in ordine anche alle sue potenzialità esplicative tanto sul piano giuridico costituzionale interno quanto nei rapporti con l'ordinamento sovranazionale. Di qui l'esigenza di procedere ad una ricostruzione dal contesto culturale in cui si colloca storicamente il principio di sussidiarietà, onde cogliere la

pensiero politico occidentale. Anche nel pensiero greco affiora il concetto di sussidiarietà: sia nella filosofia platonica che in quella aristotelica ove il potere è considerato come lo strumento che consente di raggiungere la felicità nel rispetto della diversità ed in questo senso esso è considerato suppletivo<sup>12</sup>. Nella *Politica* Aristotele<sup>13</sup>, descrivendo la società, prende atto di una insufficienza dell'individuo. Per soddisfare i propri bisogni, come sottolinea C. Millon - Delsol, egli è costretto a ricorrere a gruppi sociali come la famiglia, il villaggio, la città, che o si intersecano e si sovrappongono fra loro pur mantenendo una propria organizzazione ed una capacità di adempiere a compiti specifici per provvedere alle proprie necessità. Attraverso questi gruppi, l'individuo pone rimedio alle proprie insufficienze e soddisfa i propri bisogni complessi; la famiglia provvede ai bisogni quotidiani; il villaggio provvede ai bisogni più durevoli; la città soddisfa bisogni più complessi quali la difesa, la politica estera, la sicurezza interna, la giustizia, la finanza locale, il culto. Tutto ciò

---

ricchezza delle implicazioni pratiche che ne possono discendere, particolarmente sono il profilo istituzionale”.

<sup>12</sup> U. Pagallo, *Testi e contesti dell'ordinamento giuridico*, Padova, 1999, p. 173. ivi si analizzano le coordinate teoriche del principio e si fa riferimento alla mirabile ricostruzione fenomenologica che Platone propone ne *La Repubblica*, là dove l'esigenza di costruire a parole una polis fin dalle sue origini, emerge con forza dal riconoscimento che la necessità della dimensione politica nella vita umana nasce dall'insufficienza di ciascuno di noi nel procurarsi le diverse cose di cui ha bisogno, e cioè la casa, i vestiti, le necessità legate alle produzioni alimentari, e così via; mentre in cambio, la classe di custodi della comunità, avendo cura di quanto è condizione di ogni altro bisogno, ossia: la produzione della sicurezza sociale, può fondarsi esclusivamente sull'autonomia intersoggettiva. L'intervento pubblico quando è concepito in chiave sussidiaria, rinvia alla identità che si instaura naturalmente, secondo Platone individuata da una dialettica tra uomo e autorità pubblica da cui si presume la competenza di intervento delle organizzazioni sociali minori.

<sup>13</sup> C. Millon-Delsol, *op cit.*, p. 18. Cfr., Aristotele, *Politica*, I, 2, 1252. Sulle origini della sussidiarietà e i suoi precursori, vedi: J.L. Clergerie, *Le principe de subsidiarité*, Paris, 1997, p. 10, ivi si analizza il pensiero aristotelico in relazione al principio di sussidiarietà " *Chaque collectivité devrait donc, si l'on explique les phénomènes extérieurs comme les phénomènes humains se contenter de n'entreprendre que ce qu'elle serait capable d'accomplir mieux que les autres. De plus, l'habitude ainsi acquise, ne pourrait qu'améliorer leur action*".

in un rapporto di sussidiarietà e supplenza che vede l'intervento dell'autorità superiore solo là dove vi siano bisogni rimasti insoddisfatti ad un livello inferiore. Ogni autorità lavora per rispondere ai bisogni lasciati insoddisfatti dalla sfera immediatamente inferiore. Per Aristotele la città rappresenta l'organizzazione perfetta ed il luogo di sviluppo della personalità umana, in cui l'individuo ha la possibilità di raggiungere i propri fini e di soddisfare i bisogni complessi". Pertanto, la società di Aristotele è una società che non basta a se stessa ed in cui il potere trova una sua giustificazione ed una sua legittimazione naturale nelle insufficienze che si manifestano rispetto a particolari momenti o compiti specifici". La politica dei greci presuppone la definizione ed il rispetto delle sfere d'azione degli individui e dei gruppi sociali, con un intervento del potere limitato alle insufficienze dei livelli inferiori rispetto ai bisogni che si presentano. Al di fuori di questa dimensione, violando le sfere di competenza degli individui e dei gruppi sociali, il potere degenera in usurpazione: «Costui governa non perché ne ha la forza, non perché rappresenta la divinità ma perché noi abbiamo bisogno della sua autorità e nella misura in cui ne abbiamo bisogno»<sup>14</sup>. La radice del principio di sussidiarietà si rinviene in una sorta di «necessità naturale» del potere, la cui ingerenza è limitata all'utilità circoscritta dalle insufficienze della società.

### ***7. Da Tommaso d'Aquino ad Althusius***

Il pensiero aristotelico è ripreso e rielaborato da Tommaso d'Aquino secondo il quale, nella sua visione organicistica, il bene comune è il risultato di diversi contributi che in una visione comunitaria e con interventi di carattere solidale consentono il pieno sviluppo della personalità umana. Il filosofo medievale

---

<sup>14</sup> Cfr. anche C. Millon-Delsol, *Op. Cit.*, p. 28, «Nessun dubbio che qui possiamo trovare la radice del principio di sussidiarietà: l'idea di non ingerenza significa una ingerenza limitata all'utilità circoscritta dalle insufficienze della società».

ritiene che l'uomo abbia dei diritti innati come la libertà, la proprietà, la professione religiosa, ecc. e che tali diritti debbono essere considerati anteriori alla organizzazione politica e statale, infatti lo Stato realizza il bene comune solo quando rispetta e valorizza le finalità e i diritti naturali dell'individuo, delle famiglie e delle organizzazioni sociali. Ma l'uomo, per conseguire i propri fini, ovvero, per concorrere alla realizzazione del bene comune, deve necessariamente ricorrere al subsidium delle diverse formazioni sociali o dell'autorità dello Stato, muovendosi, quindi, nell'ambito di una comunità più vasta, usufruendo di un ausilio commisurato alle necessità<sup>15</sup>. Solo in questo modo l'uomo può raggiungere i propri fini.

Anche per Tommaso d'Aquino la persona umana è insufficiente a sé stessa e per il soddisfacimento dei propri bisogni, deve

---

<sup>15</sup> Cfr., C. Millon-Delsol, *op. cit.*, p. 39. S. Tommaso D'Aquino, *De regno*, I, Paris, 1946, p. 72, «Ogni uomo possiede, per sua natura, la luce innata della ragione che lo guida verso il suo scopo mediante i propri atti. E se fosse bene per l'uomo vivere da solo, come accade per molti animali, non avrebbe bisogno di essere diretto da nessun Principio guida verso questo fine, ma ognuno sarebbe re di se stesso, ma l'uomo da solo non potrebbe assicurarsi i mezzi necessari per vivere. E quindi, è nella natura dell'uomo che egli viva in società». Cfr. E. Ancona, *Il più vicino possibile ai cittadini*, in *Iustitia*, 3, 2000, p. 315, «... il governo, sostiene dunque l'Aquinate, ogni tipo di governo, dal governo divino al governo umano, ha l'obbligo di consentire ai governati di svolgere autonomamente la loro funzione nella comunità cui appartengono, sviluppando Con la loro azione tutte le potenzialità insite nella loro natura». Riassumendo il pensiero di S. Tommaso si può affermare che «tra le nature create, la natura umana ha questo di singolare, che è al tempo stesso sufficiente ed insufficiente. L'uomo basta a se stesso per conoscere e perseguire le proprie finalità ma spesso non è in grado di raggiungerle. Questo scarto tra aspirazioni e capacità, determinando la sua integrazione nella società, fonda e giustifica anche la presenza dell'autorità politica in essa». Questa può essere considerata una giustificazione esclusiva; per cui l'autorità agisce come l'anima del corpo politico, che deve sostenere, ma non sostituire, le operazioni delle varie membra. «Di qui l'esigenza che qualifica *l'officium regis ut sit de promotione sollicitus, quod fit... si quid inordinatum est corrigere, si quid deest supplere, si quid melius fieri potest, studet perficere*». Il governo, allora, semplice strumento al servizio della società, risulta definito dal compito di assicurare, conservare o accrescere il bene di coloro dei quali ha la cura, aiutando ciascuno a vivere cioè, appunto, *secundum modum proprie naturae*.

ricorrere alle diverse articolazioni della società, come elemento di raccordo per soddisfare bisogni complessi. Una persona, una famiglia o una corporazione di mestieri non hanno strumenti sufficienti per bastare a sé stessi. Ciò rende necessario l'intervento dell'autorità a cui è demandato il compito di verificare le sufficenze, ovvero le capacità e le incapacità nel raggiungimento del bene comune, rispettando coloro che mostrino la capacità di saper raggiungere uno scopo senza ausili e senza intermediari<sup>16</sup>. Il pensiero Aristotelico viene ripreso anche dal giurista tedesco Giovanni Althusius, che può essere considerato uno dei precursori della dottrina del federalismo e anche il primo giurista che descrive lo Stato sussidiario. Althusius ritiene che i governanti debbano esercitare, attraverso il contratto sociale, solo il potere e gli uffici strettamente necessari alla realizzazione dei fini e dei bisogni che i consociati si sono prefissati, escludendo la delega di un potere illimitato<sup>17</sup>.

«La società di Althusius somiglia a quelle bambole russe che stanno una dentro all'altra»<sup>18</sup>: la famiglia rappresenta la comunità più piccola, poi ci sono le corporazioni, la città, la provincia ed

---

<sup>16</sup> S. Tommaso D'Aquino, *ult. op. cit.*, p. 240, «Tutti coloro che vivono in una società hanno con essa lo stesso rapporto delle parti con il tutto. Ora la parte, inquanto tale, è qualcosa del tutto, dal che risulta che qualsiasi bene della parte deve essere subordinato al bene del tutto».

<sup>17</sup> Sul punto vedi anche: C. Millon-Delsol, *op. cit.*, 50. J. Althusius, *Politica Methodica Digesta* (1603-1614), a cura di C.J. Friedrich, Cambridge Mass., 1932 (tra& it. parziale a cura di D. Neri, Napoli, 1980), p. 152; La bibliografia su Althusius è esigua. L'opera principale di Althusius è la *Politica*. Althusius non ha richiamato grande attenzione nella storia delle idee: poco annotato, quasi sconosciuto, ritenuto un Autore di poco talento. Per approfondimenti, vedi: ALTHUSIUS, *Politica*, Londra, 1965, passim, questo Autore esprime una concezione dell'intervento dello Stato in via sussidiaria rispetto a quello della società e solo al fine di supplire all'incapacità di questa di raggiungere determinati fini; ciò, tuttavia, nel presupposto che ogni gruppo sociale trova in se stesso la capacità di soddisfare i propri bisogni in condizioni di autonomia, e si rende necessario ricorrere a quello più ampio solo al fine di realizzare un benessere maggiore rispetto al quale il gruppo sottostante non è adeguato. Cfr. M.T. Serra, *Il sistema autonomistico locale nell'ordinamento regionale*, op. cit., 205.

<sup>18</sup> C. Millon-Delsol, *op. cit.*, p. 50.

infine lo Stato. Ognuno di questi organismi incorpora il più piccolo, e si sovrappone ad esso senza annullarlo, rispettando l'autonomia di ciascuna sfera<sup>19</sup>. Queste categorie sono definite da Althusius come delle comunità simbiotiche ed i gruppi più semplici precedono quelli complessi: la famiglia può essere considerata una comunità semplice che preesiste alla città ed allo Stato. Ciascuno di questi organismi esplica la sua attività non solo per il soddisfacimento e la realizzazione dei propri fini sociali ma anche per realizzare il bene comune: ed è proprio in queste considerazioni che si possono individuare le tracce della moderna concezione dello Stato sussidiario. Un gruppo sociale ha bisogno di rifarsi ad una comunità più ampia ed articolata, formata da più gruppi, solo per colmare le proprie insufficienze, ma nello stesso tempo deve proteggere la propria autonomia attraverso un contratto sociale fondato sul rispetto di una serie di diritti e doveri<sup>20</sup>.

L'idea della sussidiarietà come regolatore di competenze nasce proprio dal tentativo di deprimere e riequilibrare il conflitto fra i ruoli e le competenze assegnate alle diverse comunità. La società simbiotica di Althusius rivela lo Stato della sussidiarietà secondo il pensiero dei cattolici sociali, mentre la concezione individualistica del filosofo Locke genererà una visione di supplezza che sarà legata al pensiero dei liberali classici. Althusius ha analizzato una società ove le supplenze sono

---

<sup>19</sup> C. Millon-Delsol, *op. cit.*, p. 50, per quest'Autore l'originalità di Althusius è rappresentata proprio dalla difesa dell'autonomia delle aggregazioni simbiotiche.

<sup>20</sup> Althusius teorizza una società articolata in gruppi tra loro in relazione gerarchica; ogni gruppo persegue i propri fini solo se dispone dell'aiuto del *subsidium* del gruppo superiore. Tale sostegno è diretto esclusivamente a colmare le insufficienze del gruppo inferiore ed è valido solo in quanto soccorre, garantisce, promuove. Cfr. Althusius, *Politica methodice chiesta et exemplis sacris et profanis illustrata*, Herbon, 1603, passim. G. Duso, *Althusius. Pensatore per una società postmoderna?*, in *Filosofia politica*, 1990, p. 166, le relazioni sussidiarie che si instaurano tra i gruppi simbiotici della politica di Althusius sono radicati nel particolarismo medievale germanico; A. VILLANI, *Annotazioni sulla politica di Althusius. La simbiosi fra tradizione e modernità*, in Pufendorf, 1993, 295.

molteplici ed articolate e dove lo Stato rappresenta il supremo ente collettivo a cui nessuno può supplire ma a cui tutti debbono tendere per il bene comune. Delle collettività intermedie e della loro autonomia si sono occupati altri due grandi uomini di pensiero come Montesquieu e Tocqueville<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> In particolare, nel saggio *De la démocratie en Amérique*, Libro I (1963, Paris), il principio di sussidiarietà è configurato come criterio-guida per una ripartizione di poteri tra Stato federale e Stati federati: «*Il s'agissait de partager la souveraineté de telle sorte que les différents Etats qui formaient l'Union continuent à se gouverner eux-mêmes dans tout ce qui ne concernant que leur prospérité intérieure sans que la nation entière,*

*représentée par l'Union, cessât de constituer un corps et de pourvoir à tous ses besoins généraux. Les devoirs et les droits du Gouvernement fédéral étaient simples et assez faciles à définir parce que l'Union avait été formée dans le but de répondre à quelques grands besoins généraux. Les devoirs et les droits du gouvernement des Etats étaient au contraire multiples et compliqués parce ces gouvernements pénétraient dans tous les détails de la vie sociale*». Per un approfondimento sulle origini storiche del principio di sussidiarietà si vedano: Aristotele, *Politica e costituzione di Atene*, Torino, 1992; P.J. Proudhon, *Du principe fédératif et de la nécessité de reconstituer le parti de la révolution*, ed. Bossard, Paris, 1921, 372; A. De Tocqueville, *L'antico regime e la rivoluzione*, a cura di G. Candeloro, Roma, 1942, 579; T. D'Aquino, *Summa contra gentiles*, versione italiana a cura di P. Angelo Puccetti, Torino, 1930, p. 321; ID., *La politica dei principi cristiani*, Siena, 1981, p. 275; J. Locke, *Trattato sul governo*, Roma, 1992, p. 462; L'idea di sussidiarietà elaborata nel XIX secolo si trova in due distinte correnti: l'una è originata dal liberalismo, l'altra rappresenta una deviazione dell'idea cristiana: il corporativismo. L'idea suppletiva per i liberali viene da Locke: l'individuo chiama lo Stato quando non è in grado di difendere la sua proprietà. L'idea liberale sembra in partenza analoga a quella dei cristiani sociali. Ma presto se ne allontana. I liberali sono individualisti: figli della rivoluzione sostengono che i gruppi sociali creino delle gerarchie che agiscono come despoti privati. I liberali concepiscono la nozione di supplezza nel senso strettamente negativo. Lo Stato non deve intervenire quando l'individuo può agire da solo. Contrariamente al liberalismo, il corporativismo parte dal principio dell'incapacità degli uomini e li pone sotto la tutela dei gruppi. Il principio di sussidiarietà è, altresì, un principio della teologia morale cattolica presente nell'Enciclica Quadragesimo anno (1931) di Pio XI al quale si è richiamato il Trattato di Maastricht allo scopo di rendere la Comunità più vicina alle esigenze dei cittadini: «(...) siccome non è lecito togliere agli individui ciò che essi possono compiere con le loro forze e l'industria propria per affidarlo alla comunità, così è ingiusto rimettere ad una maggiore e più alta società quello che dalle minori e inferiori comunità si può fare». La conseguenza sarebbe «(...) un grave danno ed uno sconvolgimento del retto ordine della società», in quanto l'oggetto naturale di

## 8. *La sussidiarietà nel pensiero moderno*

Montesquieu afferma che lo Stato, nella sua organizzazione, deve essere considerato «secondario e supplente» rispetto all'attività dell'uomo e la stessa teoria generale della suddivisione o tripartizione dei poteri si sviluppa intorno al ruolo fondamentale dello Stato<sup>22</sup>. Dal canto suo Tocqueville, fortemente influenzato dall'esperienza statunitense, individua nel decentramento e nell'autonomia locale gli elementi essenziali per una efficiente organizzazione dello Stato. La stessa tensione tra decentramento e accentramento è intrinseca al principio di sussidiarietà che con il federalismo può mediare tra l'esigenza di uniformità ed il desiderio di garantire un sufficiente livello di controllo locale. Federalismo e sussidiarietà rappresentano il modo per conciliare l'unità di uno Stato esaltandone le diversità intrinseche. Per Tocqueville, allo stesso modo, il ruolo dello Stato consiste nel supplire all'incapacità ma occorre capire la poliedricità e la valenza di questa incapacità. credo che nei secoli di democrazia che verranno, l'in-dipendenza individuale e le libertà locali saranno sempre un prodotto dell'arte. La contrattualizzazione sarà il governo naturale»<sup>23</sup>. Per Tocqueville la società americana è un tipico esempio di società forte che resiste ai tentativi di accentramento dello Stato, e come tale si contrappone alle comunità deboli in cui lo Stato invade tutti i settori. L'organizzazione statale americana ha una propria struttura elastica, ove vengono esaltate le autonomie ed ostacolate le istanze di accentramento democratico. In questo modello di società la persona umana ha una propria autonomia e libertà di

---

qualsiasi intervento della società stessa è quello di aiutare in maniera suppletiva le membra del corpo sociale, non già di distruggerle ed assorbirle. Sull'argomento si veda: I. Giordani, *Le encicliche sociali dei Papi, da Pio IX a Pio XII (1864-1942)*, Roma, 1944, p. 321.

<sup>22</sup> C. Millon-Delsol, *op. cit.*, p. 71.

<sup>23</sup> A. Tocqueville, *De la démocratie en Aménque*, libro I, capitolo 3, Paris, 1963, p. 152

iniziativa e l'intervento dello Stato è sussidiario, ovvero relegato ad evento eccezionale. In tale contesto, «la differenza tra la centralizzazione governativa e la centralizzazione amministrativa permette di individuare la frontiera tra l'azione legittima dello Stato e quella della società»<sup>24</sup>. Nel modello di Stato descritto da Tocqueville le autonomie locali pur possedendo una forte capacità ed iniziativa non raggiungono l'autosufficienza, essendo sempre necessario l'ausilio dello Stato centrale per il soddisfacimento di alcuni fini sociali complessi, come la politica estera, la difesa, ecc., che richiedono strutture, mezzi ed organizzazione che solo un potere centrale forte può garantire. Dopo Althusius, è nel pensiero filosofico di Hegel che si può individuare una dottrina dello Stato sussidiario. Nello scritto giovanile «La Costituzione della Germania», Hegel esprime le sue idee sul ruolo dello Stato e, proponendo una comparazione tra le libertà anarchiche e le libertà necessarie, finisce per dare una accurata descrizione dello Stato della sussidiarietà. «Il governo dovrebbe lasciare alla libertà dei cittadini quel che non è necessario al raggiungimento dei suoi fini, cioè alla sicurezza interna ed esterna, il potere di organizzare e di gestire e niente dovrebbe essere ai suoi occhi più sacro che la salvaguardia e la protezione dell'attività e bene dei cittadini in questo campo»<sup>25</sup>. Per Hegel, lo Stato strutturato

---

<sup>24</sup> C. Millon-Delsol, *op. cit.*, p- 74. Il principio di sussidiarietà in Tocqueville è rappresentato come un criterio guida per una ripartizione di poteri tra Stato federale e Stati federati: «*Il s'agit de partager la souveraineté de telle sorte que les différents Etats qui formaient l'Union continuassent a' se gouverner eux-mêmes dans tout ce qui concernant leur prospérité intérieure, sans que la nation entière, représentée par l'Union, cessai de faire corps et de pourvoir à tous ses besoins généraux*».

<sup>25</sup> F. Hegel, *La Constitution de l'Allemagne. Ecrits politiques*, Paris, 1977, p. 51; Ora anche in: C. Millon-Delsol, *op. cit.*, p. 79, ivi si presenta un'analisi che richiama quella di Althusius. Hegel reclama uno Stato per la Germania distrutta; ritenendo che la società tedesca potrà conservare le sue autonomie nei confronti dello Stato. Hegel giustifica le autonomie sociali attraverso la sua nozione di felicità. Lo Stato accentrato sradica l'anima della nazione. L'approccio di Hegel, come quello di Althusius, esprime l'idea sussidiaria nella sua semplicità primaria. La società agisce per sé stessa, lo Stato verrà in seguito per colmare i vuoti. La questione che Hegel cerca di risolvere è come convincere la società della necessità di uno Stato. Per la

sull'organizzazione federale di diverse comunità, deve limitare le sue interferenze allo stretto necessario, vale a dire a tutto ciò che non può essere sufficientemente realizzato dalle singole comunità. Se l'individuo ha la possibilità di soddisfare i propri bisogni in modo adeguato, sicuramente, egli riesce a concretizzare e sviluppare anche le sue conoscenze, il suo spirito e la sua dignità, dando un valore al proprio essere. Su questo si fonda la legittimazione dell'autonomia locale e per questo lo Stato federale, che conta sui gruppi federati, deve limitare il suo intervento al necessario cioè a tutto quello che non può essere compiuto dai gruppi stessi. Per Hegel questa è la strada per la felicità e lo sviluppo dell'essere. Anche il pensiero filosofico di Proudhon, come ci ricorda Millon - Delsol, è dominato dall'idea dello Stato sussidiario, ma di una sussidiarietà vissuta più in senso orizzontale che in senso verticale. L'organizzazione sussidiaria, proprio perché tutela la libertà e l'autonomia dei singoli e dei gruppi è alla base di una ideologia, di una teoria storica per la quale l'organizzazione federativa può condurre alla felicità universale. In questo senso la sussidiarietà deve essere considerata come l'idea guida a cui ci si deve ispirare nell'organizzare l'ausilio tra i diversi gruppi sociali.

Per Proudhon, le comunità e i gruppi che compongono lo Stato sono sussidiari tra loro mentre lo Stato supplente deve intervenire solo eccezionalmente: non perché, come nello Stato liberale, la società non ha bisogno di soccorso, ma perché è capace di organizzarsi<sup>26</sup>. La sussidiarietà rappresenta, secondo Proudhon, il

---

sua visione del bene comune, Hegel è l'erede di Aristotele. «La partecipazione all'universale arricchisce i cittadini in-trappolati nelle loro particolarità.

<sup>26</sup> C. Millon-Delsol, *op. cit.*, p. 117. Nell'opera di P.J. Proudhon, *Du principe fédératif*, Paris, 1959, p. 45, è analizzato lo stretto legame che sussiste tra la sussidiarietà e il federalismo. Cfr. J.L. Clergerie, *op. cit.*, p. 25, «Proudhon pense en effet que toute société est composée de groupes, qui sont par nature autonomes (provinces, cités) et doivent par conséquent être indépendantes des Etats, dont le rôle se limiterait aux seules tâches qu'ils seraient seuls en mesure d'accomplir» (*De la création de l'ordre dans l'humanité*, chap. III, 1843). Per approfondimenti, vedi. P. De Pasquale, *op. cit.*, p. 13, in riferimento al legame tra sussidiarietà e

meccanismo che può porre rimedio ai dispotismi locali, attraverso la sua applicazione orizzontale e verticale. Lo Stato federale, per Proudhon, si fonda su un contratto sociale, ove le competenze vengono ripartite tra le varie comunità tenendo conto delle reali possibilità e capacità di ogni singolo gruppo di contemperare il perenne conflitto tra libertà ed autorità. Il contenuto del principio di sussidiarietà si sostanzia essenzialmente nell'attribuire un carattere prioritario al ruolo che la persona umana svolge nella società. In tal senso, la sussidiarietà si esplica attraverso una serie di meccanismi di partecipazione dell'individuo all'attività dei gruppi semplici come di quelli complessi e, quindi, dello stesso potere statale.

### ***9. La sussidiarietà nel pensiero liberale tedesco***

Il principio di sussidiarietà trova un ulteriore sviluppo nel liberismo costituzionale tedesco ed in particolare in Robert Von Mohl e George Jellinek. La tesi sostenuta da questi Autori sulla scia dell'insegnamento dell'idealismo tedesco è che ad ogni individuo deve essere riconosciuta una sfera di libertà e l'intervento dello Stato centrale deve essere limitato al solo scopo di garantire la sicurezza o bisogni complessi. Partendo dall'idea che lo Stato non deve trovare limiti nei fini ma solo nell'azione, Jellinek riteneva che lo Stato doveva intervenire «nella misura in cui l'azione individuale o collettiva non potesse realizzare il fine da raggiungere» e, quindi, «nella misura in cui lo Stato, con i suoi

---

federalismo in Proudhon, questo Autore afferma che «nell'interesse comune il livello federale dispone delle sole competenze che gli enti federati non possono esercitare isolatamente: questo principio di buon senso garantisce che le decisioni siano prese il più vicino possibile ai cittadini, attraverso la limitazione del potere di decisione del livello più elevato». Tutta la teoria del federalismo è ispirata al principio di sussidiarietà, in tal senso, vedi, tra gli altri, MARC e ARON, *Les principes du fédéralisme*, del 1948, ove è sostenuta la tesi della supremazia delle collettività di base nella ripartizione delle competenze tra le organizzazioni sociali.

mezzi, possa realizzare nella maniera migliore l'interesse che si vuole raggiungere»<sup>27</sup>.

Pertanto, questo Autore individua nel principio di sussidiarietà il meccanismo per una corretta ripartizione delle competenze e di risoluzione dei conflitti politici e legislativi tra i diversi livelli di governo<sup>28</sup>. Nella metà dell'ultimo secolo, molti giuristi tedeschi hanno fortemente criticato la sussidiarietà concepita come idea centrale dell'organizzazione della società ma nello stesso tempo hanno riaffermato la necessità di applicazione nel sistema tedesco<sup>29</sup>. La sussidiarietà non implica l'esistenza di un rapporto subalterno della comunità al ruolo della persona umana ma l'ausilio dello Stato o delle comunità complesse deve essere vissuto in termini di solidarietà, perché l'organizzazione statale è l'unica garante del raggiungimento del bene comune senza il quale nessun individuo potrebbe raggiungere in maniera adeguata e soddisfacente il suo benessere particolare. Il principio di sussidiarietà in Germania, in questi ultimi anni, ha dato luogo ad un gran numero di definizioni formali che testimoniano sia le difficoltà della dottrina che la ricchezza e complessità delle analisi. In ogni caso, il principio viene considerato come un meccanismo di regolazione delle competenze fondato sul diritto

---

<sup>27</sup> G. Jellinek, *op. cit.*, p. 182.

<sup>28</sup> Per un'analisi delle teorie dello Stato di diritto in Germania, vedi: V. Papa, *Discorso sul federalismo*, Milano, 1995, p- 46; A. Razzano, *Il principio di sussidiarietà nel progetto di riforma della Costituzione della Commissione bicamerale*, in *Diritto e società*, 1997, p. 523.

<sup>29</sup> E. Link, *Das Subsidiaritätsprinzip*, dissertazione universitaria del 1948 e pubblicata nel 1955, quest'opera è stata oggetto di una vivace critica da parte di A. Utz, *Des Mytos des Subsidiaritätsprinzip*, in *Die neue Ordnung*, 1956, p. 205. Questo Autore lo accusa di considerare la sussidiarietà come una formula vuota, uno slogan piuttosto che un concetto fondato ed esplicitato. W. Bertrams, *Das Subsidiaritätsprinzip: ein Mythos*, in *Sammer der Zeit*, 1955-1956, p. 388, ivi si tenta di conciliare i punti di vista. Contra, J. David, *Streit um das Subsidiaritätsprinzip*, in *Orientierung*, 2, gennaio 1957, p. 13, il quale sostiene le ragioni di A. Utz, pur analizzando sul piano storico e giuridico le cause per le quali il principio ha perso un significato univoco. Sullo stesso dibattito ed in particolare sulla disputa tra solidarismo e totalitarismo, vedi: W Bertrams, *Vom Stnn des Subsidiaritätsprinzip*, in *Orientierung*, Zurich, 21, 1957, p. 76.

naturale<sup>30</sup>. In tal senso, alla base del principio di sussidiarietà vi è l'idea che l'individuo è titolare di diritti inalienabili che, non potendo trasferirli allo Stato o alla comunità di cui fa parte, sacrifica in favore del raggiungimento di alcuni obiettivi che non potrebbe realizzare autonomamente. Anche le organizzazioni sociali ove i singoli individui svolgono la propria attività non cedono tutte le proprie prerogative allo Stato o ad organizzazioni superiori ma con queste cercano di integrarsi per il soddisfacimento di bisogni complessi. Tale integrazione, quindi, risulta necessaria per realizzare quei fini che il singolo gruppo non sarebbe altrimenti in grado di conseguire in modo autosufficiente, mentre lo Stato deve astenersi dall'intervenire nelle situazioni che le comunità inferiori possono adeguatamente risolvere da sole<sup>31</sup>.

### ***10. Il progetto giacobino e la negazione della sussidiarietà***

È oggi opinione comune, che la nascita e “lo sviluppo dello Stato moderno è una vicenda di concentrazione del potere a partire dalla pluralità di poteri e autorità del Medioevo». In tal senso, lo Stato moderno si sviluppa, in virtù di un complesso ed articolato percorso storico, teso verso l'accentramento del potere statale. «Da qui la convinzione che il potere politico si dà solo nello Stato e che non c'è nessun altro potere politico al di fuori del potere concentrato nelle sue mani»<sup>32</sup>. La struttura politica e sociale medioevale era costituiti essenzialmente, da organizzazioni

---

<sup>30</sup> H. Kalkbrenner, *Die rechtliche Verbindlichkeit des Subsidiaritätsprinzips, Recht und Staat, Festschrift für Gunther Kuchenhoff*, Berlin, 1972, p. 513, per questo Autore la sussidiarietà esprime sia il dovere di non ingerenza e sia il dovere di ingerenza secondo il diritto naturale, che il legislatore non pone, ma trova nella natura e deve garantire perché esso descrive un ordine umano già dato, prima di qualunque volontà.

<sup>31</sup> R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale* (trad. it. con introduzione di G. Zagrebelsky), Milano, 1988, p. 75.

<sup>32</sup> L. Omaghi, *Il potere politico oggi: una sfida per la vita cristiana*, in *Quaderni Per la segreteria generale CEI*, 2, 1998, 10, 15.

intermedie e gli stessi rapporti ' politici e sociali venivano posti in essere sulla base del riconoscimento della funzione essenziale che potevano svolgere co intermedi come la famiglia, le corporazioni di arti e mestieri le confraternite, gruppi di interesse, ecc. Secondo P. Grossi, «...l'entità autonoma non appare mai come un qualcosa che «*per se stat*», avulsa da tutto il resto; anzi, è pensata, al contrario, come ben inserita al centro di un fitto tessuto di relazioni che la limita, la condiziona ma anche le dà concretezza, perché mai pensata come solitaria bensì immersa nella trama di rapporti con altre autonomie»<sup>33</sup>.

Nel sistema giuridico medievale i corpi intermedi assumono la rilevanza di comunità organizzate per essere interlocutori del potere ed in modo particolare dello stesso monarca che aveva l'obbligo di rapportarsi con queste organizzazioni sociali originarie rispetto allo stesso potere monarchico. Con l'avvento della cultura dello Stato moderno questo sistema viene scardinato e l'autonomia e la rilevanza delle comunità intermedie verrà progressivamente ridotto o eliminato perché considerato nocivo all'assolutezza del potere centrale. In tal modo, non è la comunità che custodisce e determina lo sviluppo della persona umana ed i rapporti con il potere centrale ma è il singolo che con la sua capacità sviluppa i propri rapporti con il potere al fine di raggiungere il soddisfacimento dei propri bisogni particolari. Nel pensiero politico dell'età moderna si ritiene, quindi, necessario sopprimere ogni significativo valore delle organizzazioni sociali in quanto strutture necessarie della società, mentre la sovranità dello Stato rappresenta l'unica sintesi di equilibrio tra i diversi interessi. Nella dottrina dello Stato moderno viene meno la necessità di enti intermedi perché questi possono rappresentare un intralcio nel rapporto tra l'individuo e il potere sovrano. Secondo A. Colombo e S. Zaninelli, la Costituzione dell'anno III della Francia giacobina unitamente alla Legge Le Chapelier del 1791, che stabiliva la soppressione delle corporazioni di arti e mestieri,

---

<sup>33</sup> P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Bari, 1997, p. 48.

vietandone la ricostituzione, rappresentano il simbolo del nuovo corso ove le organizzazioni intermedie vengono escluse da ogni tipo di azione o partecipazione politica. In tal senso, il modello giacobino tende ad eliminare le comunità intermedie associando «la sovranità del popolo all'onnipotenza e onnipresenza dello Stato»<sup>34</sup>. Questo modello viene, ben presto, esportato da Napoleone in gran parte dell'Europa mantenendo come elemento fondamentale una sempre più rilevante centralizzazione con un relativo accrescimento di poteri e funzioni. La filosofia della rivoluzione francese aveva sostenuto la necessità che la libertà si sostanziasse anche nell'assolutezza dei diritti del cittadino e sia Napoleone che i governi successivi fondarono su questo principio la propria azione, dando allo Stato il compito di tutelare i diritti e le libertà dell'individuo, ovvero, garantendo a questi la possibilità di disporre e godere di diritti assoluti come la proprietà privata e la libertà personale. Ciò determinò una ferrea battaglia contro tutti gli enti intermedi e i vari ordini religiosi che, nei voti di povertà, castità ed obbedienza, negavano palesemente i principi della rivoluzione francese, in modo particolare, l'ideale di libertà<sup>35</sup>. Molti Stati liberali europei fecero proprio il programma della rivoluzione francese e dello Stato moderno, sopprimendo gli ordini religiosi nell'intento di voler restituire la libertà al cittadino e la laicità allo Stato centrale. Nel pensiero liberale ottocentesco, lo Stato centrale si prefigura come l'unico protagonista del mondo della politica con il risultato di una evoluzione nel suo aspetto contemporaneo ove Stato e persona umana sono gli unici artefici della nazione. A fronte dello sconvolgimento rivoluzionario si schiera un gruppo di controrivoluzionari cattolici europei. Il loro

---

<sup>34</sup> B. Geremek, *Lo Stato-nazione nell'Europa del XX secolo*, in *L'eredità della rivoluzione francese*, a cura di F. Furet, Bari, 1898, p. 216.

<sup>35</sup> Cfr. P. Pagani, *Voto (diritto ecclesiastico)*, in *Il Digesto italiano*, vol. XXIV, Torino, 1914-1921, p. 1501, il decreto dell'Assemblea costituente francese del 13 febbraio 1790, stabiliva che «la loi ne reconnaitra plus de voeux monastiques solennels de personnes de l'un et de l'autre sete» e che quindi «*les ordres et congrégations réguliers dans lesquels on fait de pareils voeux, sont et demeurent supprimés en France sans qu'ils pais-sent en être établis de semblables à l'avenir*».

pensiero si sostanzia in una risposta, forte, alla concezione giacobina dello Stato e della società: «*La pensée contre-révolutionnaire est le né-gatti de la pensée révolutionnaire*»<sup>36</sup>. I controrivoluzionari sono feroci avversari del nuovo ordine costituzionale e lo condannano come radicalmente illegittimo, perché estraneo alla tradizione politica dell'antico regime; essi ripropongono, invece, un sistema basato sui poteri sociali-naturali, e si oppongono alle moderne concezioni della sovranità e alle sue implicazioni sul piano giuridico-costituzionale. «È sulla fictio di uno stato di natura, pensato come situazione di individui isolati e uguali e come desertificazione assoluta delle relazioni sociali»<sup>37</sup>, che si basa l'attacco dei controrivoluzionari alle concezioni giacobine. Il pensiero controrivoluzionario cattolico critica radicalmente l'ideologia illuministica, accusata di aver elaborato artificialmente l'idea di un nuovo potere innaturale, presupponendo l'esistenza di una moltitudine di individui uguali tra loro. Al modello contrattualista i controrivoluzionari oppongono quello della tradizione aristotelico-tomista, nel quale sono distinti chiaramente i rapporti sociali da quelli politici, ed è assente il problema della relazione moderna tra Stato e cittadino. È nel pensiero dei controrivoluzionari che riacquista spessore una

---

<sup>36</sup> Cfr. S. RIALS, *Révolution et contre-révolution au XIX siècle*, Paris, 1987, p-13. Cfr. R. Remond, *La droite en France de la Première restauration à la V République*, Paris, 1968, trad. it. *La Destra in Francia dalla restaurazione alla V Repubblica*, Milano, 1970, p. 37, il punto centrale dal quale muove la reazione cattolica è la rottura rivoluzionaria che non è altro che l'esito necessitato del processo di costruzione convenzionalista del rapporto di obbligazione politica iniziato nel XVII secolo con le dottrine del contratto sociale. L'idea che debba essere preferito il livello decisionale più vicino ai cittadini contrasta inevitabilmente con i fondamenti della scienza giuridica moderna, quella scienza che, iniziata con Hobbes nel XVII secolo, ha condotto alla formazione dello Stato moderno rappresentativo. Cfr. M. Luciani, *A mò di una conclusione: le prospettive del federalismo in Italia*, in A. Pace (a cura di), *Quale, dei tanti federalismi?*, Padova, 1997, p. 246, ivi si sostiene che il principio di sussidiarietà è un concetto disarmonico rispetto al pensiero politico giuridico moderno.

<sup>37</sup> C. Galli, *Introduzione*, in C. Galli (a cura di), *I controrivoluzionari. Antologia di scritti politici*, Bologna, 1981, p. 10, ivi si analizzano le idee di un gruppo di Autori cattolici.

sorta di sussidiarietà naturale, ove «il forte e il debole si uniscono, l'uno per offrire la sua protezione, l'altro per prestare i suoi servizi, ricavandone entrambi un vantaggio». Su tale sostegno reciproco si rintraccia la prima e naturale origine della società: nei legami tra i privati e nella costituzione degli Stati.

## CAPITOLO QUARTO

# IL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETA' E LA CHIESA CATTOLICA

di

VINCENZO PEPE

**Sommario:** 1. Sussidiarietà e dignità della persona umana - 2. La sussidiarietà nel pensiero calvinista e in W. Von Ketteler - 3. La sussidiarietà nel pensiero di Padre Luigi Taparelli - 4. La sussidiarietà nelle encicliche papali: dalle origini a Papa Francesco - 5. La sussidiarietà nell'organizzazione della Chiesa cattolica - 6. Conclusioni.

### *1. Sussidiarietà e dignità della persona umana*

Al tempo della globalizzazione e del multiculturalismo, riemerge con grande forza la domanda di sussidiarietà, di prossimità e di solidarietà.

Già la dottrina sociale della Chiesa nella propria elaborazione concettuale ha da sempre concepito il principio di sussidiarietà come un principio che si fonda sul diritto naturale, pertanto è ritenuto parte integrante delle libertà individuali e di quelle

collettive e solo attraverso questo principio è possibile garantire lo sviluppo della persona umana<sup>1</sup>.

Il richiamo al diritto naturale, come sottolinea J.B. d'Onorio, nasce dalla considerazione che la creazione dell'uomo, ad immagine e somiglianza di Dio, precede quella dello Stato e che, pertanto, l'individuo è soggetto e non oggetto di diritto. B. Il fondamento del principio di sussidiarietà è allora da ricercare nella dignità della persona umana, la cui personalità deve essere completata dallo Stato e non soffocata attraverso l'interventismo ed il totalitarismo<sup>2</sup>.

Ciò non toglie che tanto la società quanto l'ordinamento statale sono essenziali per l'ordinamento naturale. Piuttosto, il principio «di sussidiarietà postula che l'azione della società o dello Stato sia seconda in rapporto all'attività della persona umana»: «Civitas propter cives, non cives propter civitatem». Infatti, la persona umana per la dottrina della Chiesa deve essere considerata il fulcro del creato, ovvero «l'origine e la fine della società» e l'azione dello Stato sussidiario non deve essere considerata secondaria, aggiunta, bensì complementare o suppletiva.

L'idea di sussidiarietà è rinvenibile anche nei libri biblici, soprattutto, ove si cerca di indicare quale deve essere il rapporto tra la persona umana e l'organizzazione del potere centrale dei governi. Il libro dell'Esodo contiene degli interessanti elementi di organizzazione statale, infatti, il suocero di Mosè sosteneva, che il

---

Il presente saggio, in parte rivisto, è tratto dal volume di V. Pepe, *La sussidiarietà nella comparazione giuridica*, Napoli, Jovene, 2003.

<sup>1</sup> J.B. D'Onorio, *La subsidiarité. De la théorie à la pratique*, Paris, 1995.

<sup>2</sup> J.B. D'Onorio, op. cit., p. 9. G. Morra, *La dottrina sociale della Chiesa*, Centro di Studi Luigi Sturzo, Roma, 2000, questo Autore sviluppa non solo il concetto del primato della persona e del principio di sussidiarietà, ma anche la sussidiarietà come solidarietà nell'ambito della dottrina sociale della Chiesa. Sulla matrice cattolica nella odierna eccezione della sussidiarietà, vedi: P. Habererle, *Das Prinzip der Subsidiarität ans der richt der vergleichenden Verfassungslehre*, in AOR, Band 119, 2, 1994, p. 191.

buon governo non è appannaggio di un solo capo ma il comandante deve servirsi degli uomini valorosi ed esperti per suddividere il comando: «tra i migliaia, i capi di centinaia, i capi delle cinquantine e i capi di decine» (cap XVIII, versi 13-26). Il Vangelo stesso afferma che Cristo insegna ai suoi discepoli «che colui che governa deve comportarsi come colui che serve» (Luca, XXII, 24)<sup>3</sup>.

## ***2. La sussidiarietà nel pensiero calvinista e in W. Von Kettler***

Anche la dottrina calvinista non risulta estranea al concetto di Stato sussidiario. Negli Atti sul Sinodo di Emden del 1571, si affermava che l'autorità primaria delle parrocchie doveva essere riconosciuta a condizione che essa non prevaricasse sulle altre e si ammetteva che solo particolari soggetti, aventi caratteristiche peculiari o appartenenti a più parrocchie, potessero essere deferiti al Sinodo. Uno degli autori che ha maggiormente approfondito lo studio del principio di sussidiarietà nella dottrina sociale della Chiesa fu Mons. Wilhelm Von Kettler, Vescovo di Mayence e deputato al Reichstag (1811-1877). Kettler pone le premesse di

---

<sup>3</sup> Per ulteriori approfondimenti, vedi: C. Millon-Delson, *L'Etat subsidiaire. Ingérence et non ingérence de l'Etat: le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne* (trad it. di R. Sapienza. Questo Autore nell'analizzare la filosofia di Aristotele si sofferma sulla società descritta da Aristotele ove i gruppi si intersecano e si sovrappongono, ognuno dei quali assolve dei compiti specifici e provvede ai propri bisogni. La famiglia è capace di bastare ai bisogni della vita quotidiana e il villaggio a quello di una vita in senso lato. Ma solo la città, organismo propriamente politico può raggiungere l'autarchia, bastando a se stessa in tutto. Il che significa che i gruppi più piccoli devono appartenere ad un gruppo più grande per il raggiungimento di certi fini.

quella che diventerà la dottrina sociale della Chiesa e Leone XIII lo chiamerà «suo precursore»<sup>4</sup>.

Nella sua lettera aperta agli elettori del 17 Settembre 1848, Kettler argomentava sulla necessità di una maggiore e sempre più forte autonomia delle organizzazioni municipali' perché solo questi enti per la loro vicinanza ai cittadini potevano risolvere adeguatamente taluni problemi sociali. In tal senso, l'autonomia di talune aggregazioni sociali doveva essere considerata come il prolungamento della libertà ed autonomia della persona umana. «Finché la famiglia e il comune possono raggiungere il loro scopo naturale, bisogna lasciare loro l'autonomia ... il popolo cura da sé i suoi propri affari: fa una scuola pratica di politica nell'amministrazione comunale, dove si riproducono in piccolo le questioni che vengono trattate in grande nei parlamenti. È così che il popolo acquista la formazione politica e la capacità che danno all'uomo il sentimento della sua indipendenza». Ketder sottolineava la necessità di valorizzare gli enti intermedi nello Stato sussidiario, privilegiando la tutela degli enti più vicini ai bisogni ed ai suoi titolari. Ciò che rendeva, secondo Ketder, la società libera non era tanto il regime politico instaurato, quanto l'esistenza di gruppi intermedi e la definizione del ruolo e delle competenze dello Stato. Lo Stato non può essere totalmente annientato perché questo genererebbe, insieme ad una eccessiva fiducia nelle capacità del singolo individuo, l'impoverimento della persona umana. Pertanto, come ci ricorda C. Millon - Delsol, Kettler prende le distanze da un certo pensiero liberale ossessionato dal «self-help», in cui lo Stato è annientato e tutto degenera in senso contrario all'autonomia.

In base al principio di sussidiarietà l'intervento dell'autorità superiore è un intervento di sostegno, finalizzato a supplire alle

---

<sup>4</sup> Sui rapporti tra Kettler e la sussidiarietà, vedi C. Millon-Delson, «Lo stato della sussidiarietà», op. cit., 119.

incapacità del livello inferiore. Così, «la scuola deve considerarsi come aiuto della famiglia, nella misura in cui la famiglia» non è in grado di assicurare da sola l'istruzione. Si è già avuto modo di osservare che la supplenza o il soccorso, come fondamenti del principio di sussidiarietà, differiscono dai principi del pensiero liberale, poiché la sussidiarietà implica un ampio decentramento e competenze ad incastro. A tal proposito, il decentramento va inteso come un aiuto suppletivo, un soccorso parziale ove si verifica una situazione di bisogno. L'aiuto suppletivo dello Stato deve essere considerato come “un diritto e un dovere dello Stato stesso”. Per i cristianosociali, come ci ricorda C. Millon - Delsol, l'intervento esterno dello Stato è giustificabile quando è finalizzato a sopperire ad una manchevolezza, per garantire la dignità umana anche al di fuori dello sviluppo delle libertà. Lo Stato ha il dovere sussidiario di intervenire in favore di coloro che, in quanto più deboli, non sono in grado, con la propria forza, di realizzare i valori della dignità della persona umana<sup>5</sup>.

Il principio di sussidiarietà vuole un intervento che sia di soccorso e non di sostituzione dell'individuo qualora la sua libertà sia sufficiente a garantire la salvaguardia di un valore supremo come la dignità umana. Per Kettler «sarebbe un duro assolutismo, una vera schiavitù dello spirito e dell'anima, se lo Stato abusasse di quel che io chiamo il diritto della sussidiarietà: il mio punto di vista è basato sul semplice principio che ogni individuo deve poter esercitare personalmente i propri diritti, quando è in grado di esercitarli».

---

<sup>5</sup> Sul valore della dignità umana nella dottrina sociale della Chiesa, vedi: G. Feliciani, *Il principio di sussidiarietà nel magistero sociale della Chiesa*, in Riv. int. dir. uomo, 1994, 19, ivi si riflette sulla dignità umana come caratteristica umana essenziale, che non può svilupparsi nell'indifferenza o nella semplice non ingerenza dei poteri pubblici. Al contrario, essa ha bisogno prima della società, e poi dello Stato, per realizzarsi. Cfr. G. Berti, *Magistero sociale della Chiesa ed evoluzione costituzionale*, in Studi in onore di Leopoldo Elia, Milano, 1999, 118.

Nel pensiero politico del Kettler lo Stato viene rappresentato non come una macchina ma come un organismo vitale, ove a ciascuno è riservata una sfera di autonomia con dei propri diritti e doveri nell'ambito dell'armonia dell'insieme. Ogni organismo inferiore nell'esercizio della propria autonomia, gode del diritto all'autodeterminazione e alla libertà ma quando il membro inferiore, di questo organismo complesso, non è in grado di realizzare adeguatamente i propri obiettivi allora è necessario l'intervento sussidiario del livello superiore.

### ***3. La sussidiarietà nel pensiero di Padre Luigi Taparelli***

Un grande apporto all'affermazione del pensiero di sussidiarietà nell'ambito della dottrina sociale della Chiesa, fu dato da Luigi Taparelli che nel suo Saggio teorico di diritto naturale appoggiato sul fatto (1842) e in una serie di articoli pubblicati su *Civiltà Cattolica*, raccolti sotto il titolo *Esame critico degli ordini rappresentativi nella società moderna* (1854), ha affermato che la comunità umana è il risultato di un articolato di enti intermedi la cui azione è volta in modo diretto o indiretto al perseguimento del bene comune. «Il tutto deve venire in aiuto della parte e la parte del tutto, cioè la parte non scompare nel tutto e il tutto non deve assorbire la parte nella sua unità»<sup>6</sup>.

Il pensiero del Taparelli si fonda sul riconoscimento di diverse sfere d'autonomia tutte tese al raggiungimento del bene comune e il *subsidium*, ovvero il soccorso o la supplenza, deve essere considerato come un fatto solidale, quindi non forzato ma

---

<sup>6</sup> L. Taparelli, *Saggio teorico sul diritto naturale appoggiato sulla ragione*, 1882, 1, 403; Vedi anche: C. Millon-Delson, op. cit., 132. Taparelli è considerato l'ispiratore del pensiero moderno dello Stato della sussidiarietà, cfr. A. Perego, *Forma statale e politica finanziaria nel pensiero di Luigi Taparelli D'Azeglio*, Milano, 1956, 271; L. Di Rosa, *Luigi Taparelli, l'altro D'Azeglio*, Milano, 1991, 23.

spontaneo e reciproco. La dottrina del liberalismo come quella del socialismo tendono entrambi a perseguire finalità private o individualizzate, che in ogni caso, sono diverse dal bene generale. Per il liberalismo il potere politico deve perseguire il bene comune, come un risultato che si ottiene per ogni gruppo e individuo, solo con l'intento di realizzare uno scopo particolare. Al contrario il socialismo rivendica al potere politico un ruolo d'ingerenza totale, pensando che la felicità si identifica in un bene comune che singoli individui da soli non possono mai realizzare. La sussidiarietà, quindi, si sostanzia nella necessità dell'azione di soccorso al fine di realizzare il bene comune nel rispetto della dignità umana. Una società complessa è il frutto di un forte processo d'aggregazione che partendo dall'individuo, dalla famiglia, dalla città si spinge sino alla nazione, per giungere al governo mondiale. Come ci ricorda C. Millon - Delsol, nella società complessa descritta da Taparelli tutti debbono essere responsabili e coscienti del proprio tuo ruolo; tutti debbono farsi carico, nell'ambito delle proprie capacità, del bene comune; ma l'istanza statale più di tutti perché questa è da considerarsi l'ultima istanza. Il potere centrale, inoltre, ha compito di pone in essere le condizioni, affinché ogni individuo goda della propria libertà di azione e supplisca gli enti intermedi quando la loro azione dovesse risultare insufficiente al raggiungimento dell'interesse generale. Nella sua opera Taparelli si propose di reagire, in modo particolare contro «quella smania frenetica che indusse la Francia sono il governo del filosofismo a volersi dividere da tutto il passato, a demolire ogni avanzo, non dico della religione, del governo, delle leggi, dei costumi, ma perfino della topografia e del calendario antico». «La costante preoccupazione del Taparelli è di elaborare un sistema teorico fondato sulla mera descrizione dei fatti che si osservano in natura, dai quali soltanto è possibile

ricavare le regole universali che riguardano l'uomo e la sua vita in società».

Lo stesso titolo del suo saggio è riferito al diritto naturale appoggiato sul fatto, in contrapposizione al pensiero giacobino che si basa su delle idee e concetti giuridici astratti, ovvero su ipotesi false e irrealizzabili come l'uguaglianza di tutti gli uomini e la sovranità popolare. L'ordine naturale su cui si fonda il pensiero del Taparelli si riferisce, dunque, all'idea che non possono essere concepiti né diritti né doveri astratti fra gli uomini se non si suppongono relazioni reciproche concrete. Agli artefizi del sistema giacobino il Taparelli contrappone la teoria della associazione ipotattica, fondata sulla natura delle cose, ovvero la teoria della sussidiarietà anta come principio guida delle relazioni tra i diversi «consorzii» che gerarchicamente compongono l'ordine naturale sociale<sup>59</sup>.

Bisogna precisare che i «consorzii», nel lessico del Taparelli, rappresentano delle realtà collettive ove gli individui sono legati in modo naturale; queste aggregazioni naturali, sono individuate in una progressione gerarchica, dalla famiglia sino alla comunità internazionale. Non è concepibile un «consorzio», a qualunque livello, senza diseguaglianze, «perché la legge di natura è il differenziale di potenza che permette l'incontro tra la naturale superiorità del principe e i bisogni dei deboli. Ugualmente, il rapporto sociale nasce dall'incontro necessario tra la superiorità naturale del padre e le esigenze naturali del figlio»<sup>60</sup>. Per questa sua concezione, Taparelli si colloca nel solco della tradizione aristotelica. Nella stessa *Politica* di Aristotele si legge che «comandare e essere comandati non solo sono tra le cose necessarie, ma anzi tra le giovevoli. In realtà, in tutte le cose che risultano di una pluralità di parti e formano un'unica entità comune si vede un comandante e un comandato».

Anche per la distinzione tra associazioni pubbliche e private, non esiste una differenza qualitativa tra le differenti forme della convivenza, in tal senso, il nucleo familiare è da considerare come la prima e originaria aggregazione ipotattica, pertanto è da ritenersi un'organizzazione anche politica. Come è stato notato «nell'associazione ipotattica ciascun consorzio conserva la propria autorità superiore, poiché essere parte dell'associazione maggiore non significa perdere o annullare il proprio essere, ovvero quell'insieme di relazioni reciproche fra uomini diversi che compensano le disuguaglianze in un'armonia di diritti e di doveri, di superiorità e di bisogni naturali»<sup>61</sup>.

L'intervento dell'autorità superiore deve essere circoscritto alla misura della necessità che il consorzio minore esprime, in tal senso l'intervento deve essere sussidiario, ovvero proporzionato alla situazione di bisogno che legittima l'intervento del livello superiore. Il pensiero politico di Taparelli troverà varie implicazioni giuridico-costituzionali, ed una concreta applicazione in alcuni peculiari ordinamenti giuridici, come quello canonico, influenzando la stessa dottrina sociale della Chiesa.

#### ***4. La sussidiarietà nelle encicliche papali: dalle origini a Papa Francesco***

Nella enciclica *Rerum novarum* (1891), Papa Leone XIII, nel denunciare le dottrine che sostenevano lo statalismo ed il mero liberalismo affermava che l'autorità dello Stato non può vietare alle organizzazioni intermedie di esistere e svolgere il proprio ruolo anche perché queste sono fondamentali per il raggiungimento del bene comune:

«né l'individuo, né la famiglia sono assorbiti dallo Stato; è giusto che l'uno e l'altro abbiano la facoltà di agire liberamente non ledendo il bene comune e senza oltraggiare i simili. Ai governanti spetta il compito di proteggere la comunità e le sue parti»<sup>62</sup>.

I principi e le idee contenuti nell'enciclica *Rerum Novarum* rappresentano uno degli aspetti fondamentali del pensiero della Chiesa cattolica nel XX secolo ed il principio di sussidiarietà, presente come idea ispiratrice dell'organizzazione sociale, appare come uno degli strumenti a cui la Chiesa deve rifarsi per meglio disciplinare i diversi rapporti politici e sociali. La sussidiarietà nel pensiero di Leone XIII rappresenta il prototipo dell'azione sociale a cui tutte le persone umane debbono ispirarsi per il raggiungimento del benessere sociale, ma questo meccanismo di solidarietà e di aiuto vicendevole è possibile azionarlo solo limitando gli egoismi ed i particolarismi<sup>63</sup>. Nella dottrina sociale della Chiesa occorre attendere Pio XI, che con la sua «*Quadragesimo anno*» (1931) di fronte allo svilupparsi dei nuovi regimi, i marxista e fascista, enunciava esplicitamente il principio di sussidiarietà come fondamento della dottrina sociale della Chiesa<sup>64</sup>. In merito alla «*Quadragesimo Anno*», come ci ricorda C. Millon - Delsol, Pio XI affermava che «ogni organizzazione sociale è, per sua natura, sussidiaria» ed ogni sistema statale deve rispettare i diritti della persona umana. Lo Stato sussidiario si sostanzia in un principio etico che deve ispirare il rapporto tra dignità umana, libertà e autorità statale<sup>65</sup>.

La libertà di partecipazione degli individui insieme alle organizzazioni sociali rientra pienamente, come tutte libertà, nell'ambito del principio di sussidiarietà, e «deve esercitarsi pienamente, finché ne ha i mezzi ed è capace di farlo in vista del bene comune». Nella *Quadragesimo Anno*, fu forte l'influenza della dottrina tedesca, poiché uno dei principali redattori fu il giurista Oswald von Nell-Breuning, che «non nascose di essere

stato aiutato dal suo confratello Gustav Gundlach, al quale si deve del resto la formula principio di sussidiarietà»<sup>66</sup>.

Lo stesso Pio XII nel 1941 affermava che il principio di sussidiarietà rappresentava un vero e proprio pilastro della dottrina sociale della Chiesa, infatti, sosteneva che: «Il diritto e il dovere di organizzare il lavoro del popolo appartiene prima di tutto a tutti quelli che ne sono immediatamente interessati: impiegati e operai. Se in seguito essi non adempiono il loro lavoro o non possono farlo a causa di circostanze straordinarie, allora è competenza dello Stato intervenire su questo campo, nella divisione e nella distribuzione del lavoro nella forma e nella misura che richiede il bene comune». Pio XII nell'allocuzione concistoriale del 20 Febbraio del 1946, nel trattare del futuro delle nazioni europee, indicherà la sussidiarietà come modello di organizzazione politica e sociale, «... ciò che i privati possono fare per loro stessi, con le loro possibilità, non gli devono essere tolti e trasferiti alla comunità»<sup>67</sup>.

Nella Quadragesimo anno, dal punto di vista della teoria dello Stato si sviluppa, partendo da una concezione dell'uomo come persona, come ricorda L. Antonini, una vera e propria rivoluzione copernicana, «nella contrapposizione tra la metafora dell'aiutare e quella dell'assorbire» e rispetto alla concezione dello Stato moderno, «la cui ascendenza teorica più matura è presente nell'evoluzione del pensiero hegheliano»<sup>68</sup>. Il principio di sussidiarietà, come enunciato nell'enciclica, mira a «proteggere dalle pretese di assorbimento nello statualismo», presenti in modo costante e forte anche in un certo liberalismo italiano, ove «tutta una tradizione di privato sociale che aveva garantito all'Italia benessere sociale e una certa protezione alle classi più deboli», veniva fortemente depotenziata attraverso rigidi e stretti controlli statali<sup>69</sup>. Nell'ordinamento italiano, nonostante la forte incidenza nel tessuto sociale della dottrina della Chiesa, il principio di

sussidiarietà non venne, di fatto, valorizzato come si sarebbe potuto. Molteplici sono le ragioni che hanno reso la sussidiarietà estranea all'ordinamento giuridico italiano come a quello francese. Una è rappresentata dal modello di Stato centralista adottato da entrambi gli ordinamenti e dal fatto che nella concezione giacobina dello Stato non vi è posto per una società civile che si sostituisce allo Stato centrale nell'organizzare le risposte ai bisogni sociali. Quando i nostri «Padri costituenti intrapresero la loro opera di ricostruzione del patto sociale e politico» che è il fondamento della Carta costituzionale italiana del 1948, fu molto tiepida la difesa del principio di sussidiarietà, tanto da non essere invocata ed esplicitata nemmeno dai partiti politici d'ispirazione cattolica<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Cfr. La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente, Roma, 1970, VI, 323, ivi si può leggere l'interessante ordine del giorno presentato da Dossetti alla Prima Sottocommissione il 9 settembre 1946, che era così formulato: «La sottocommissione, esaminate le possibili impostazioni sistematiche di una dichiarazione dei diritti dell'uomo, esclusa quella che si ispiri a una versione totalitaria, la quale faccia risalire allo Stato l'attribuzione dei diritti dei singoli e delle comunità fondamentali, ritiene che la sola impostazione veramente conforme alle esigenze storiche, cui il nuovo Statuto dell'Italia democratica deve soddisfare, è quella che: a) riconosca la precedenza sostanziale della persona umana (intesa nella completezza dei valori e dei bisogni non solo materiali ma anche spirituali) rispetto allo Stato e la destinazione di questo al servizio di quella; b) riconosca ad un tempo la necessaria socialità di tutte le persone, le quali sono destinate a completarsi e perfezionarsi a vicenda mediante una reciproca solidarietà economica e spirituale: anzitutto in varie comunità intermedie disposte secondo una naturale gradualità (comunità familiari, territoriali, professionali, religiose, ecc.), e quindi, per tutto ciò in cui quelle comunità non bastino nello Stato; c) che per ciò affermi l'esistenza sia dei diritti fondamentali delle persone, sia dei diritti delle comunità anteriormente ad ogni concessione da parte dello Stato». Questa proposta non fu accolta ed alcuni intellettuali e politici di area cattolica, come Luigi Sturzo, che criticarono fortemente il Progetto di Costituzione per l'eccessivo statalismo e per non aver recepito a pieno l'insegnamento della dottrina sociale della Chiesa, in modo particolare, per non aver dato sufficiente spazio al protagonismo della società civile e ad un certo tipo di federalismo. Cfr. A. Quadrio Curzio, *Perché rifare la Costituzione italiana*, in *Economia e società*, 1996, 34, ove si afferma: «(...) colpe ha pure la nostra Costituzione, improntata o comunque interpretata e applicata secondo criteri di

Nella nostra Costituzione il dibattito finì per scivolare più sullo Stato che sulle potenzialità della società civile. L'opinione diffusa era che la società italiana non era pronta per un'inadeguata applicazione del principio di sussidiarietà e che «sarebbero stati i partiti politici che avevano sconfitto il nazifascismo, a garantire la democraticità della vita politica» e la partecipazione dei cittadini alla vita sociale.

---

solidarietà statalista che nulla hanno a che fare con quella responsabile». Per ulteriori approfondimenti, vedi: L. Sturzo, *Intervento al Senato della Repubblica del luglio 1958*, in E. Gentile, P.G. Grasso, *Costituzione criticata*, Napoli, 1999, 255; S. Zamagni, *La sussidiarietà, l'economia e la nuova Carta costituzionale*, in G. Vittadini, *Sussidiarietà. La riforma possibile*, op. cit., 42, «(...) è un fatto che sui fronti sia del principio di sussidiarietà sia, più in generale, dell'assetto economico della società, quel gruppo di studiosi (in primis E. Vanoni, P. Saraceno, S. Paronetto, G. Capograssi e altri come G. La Pira, A. Motto, L. Montini, G. Nosengo, ecc.), che si riunisce tra il luglio 1943 e l'aprile 1945 per dare poi vita al celebre Codice di Camaldoli, avanzi un modello di economia in cui, mentre grande spazio viene riservato alle libere espressioni della società civile, l'intervento dello Stato è invocato in funzione essenzialmente sussidiaria». Ebbene, di queste proposte ben poco filtra nella Costituzione del 1948. Non solo l'espressione «bene comune» non ricorre una sola volta nella Carta costituzionale nonostante gli sforzi di G. La Pira e di altri costituenti per farcela entrare. Interessante è l'intervento di G. Dossetti del 9 settembre 1946 alla I Sottocommissione: «La sottocommissione, esaminate le possibili impostazioni sistematiche di una dichiarazione dei diritti dell'uomo. Esclusa quella che si ispiri ad una visione totalitaria, la quale faccia risalire allo Stato l'attribuzione dei diritti dei singoli e delle comunità fondamentali, ritiene che la sola impostazione veramente conforme alle esigenze storiche, cui il nuovo statuto dell'Italia debba soddisfare, è quella che: a) riconosce la precedenza sostanziale della persona umana rispetto allo Stato; b) riconosce ad un tempo la necessaria socialità di tutte le persone, le quali sono destinate a completarsi e relazionarsi a vicenda mediante una reciproca solidarietà economica e spirituale: anzitutto in varie comunità intermedie disposte secondo una naturale gradualità (comunità familiari, territoriali, professionali, religiose) e quindi, Per tutto ciò in cui quelle comunità non bastino, lo Stato». Come si può notare, gli artt. 2 e 3 della Costituzione contengono solo in parte le idee e le proposizioni sopra riportate. La conclusione che si può trarre è che nonostante in Italia i cattolici siano molto presenti nel tessuto sociale e politico, per una varietà di ragioni, non riuscirono a smantellare il modello di Stato giacobino.

Anche Giovanni XXIII nelle encicliche *Mater et magistra* (1961) e *Pacem in terris* (1961), invocava il principio di sussidiarietà non solo per l'ordine interno ma anche per quello internazionale: auspicando una politica di sostegno della comunità mondiale senza che la stessa avesse a limitare l'azione che gli Stati esercitano nella loro propria sfera o a sostituirsi a loro. Giovanni XXIII ha sostenuto che si deve cercare di far nascere in tutti i paesi del mondo quelle condizioni che facilitano, non solo ai governi ma anche agli individui e ai corpi intermedi, l'adempimento delle loro funzioni: «l'osservazione dei loro doveri e l'uso dei loro diritti nelle condizioni di maggiore sicurezza». Il Concilio Vaticano II si è soffermato sulla necessità del principio di sussidiarietà, come idea ispiratrice della dottrina sociale della Chiesa, in modo particolare in due dei suoi sedici documenti: nella Costituzione Pastorale *Gaudium et spes*, e nella Dichiarazione *Gravissimum educationis*. Nella prima lo si enuncia come principio che lo Stato, e la comunità internazionale, devono applicare rispetto ai corpi e alle istituzioni intermedie come strumento per deprimere i conflitti tra individuo e autorità; nella seconda ci si riferisce alle relazioni tra i genitori e la società civile nella formazione delle nuove generazioni.

Giovanni Paolo II, nell'enciclica *Laborem exercens* del 1981 e nella *Centesimus Annus* del 1991, ritorna sul principio di sussidiarietà in materia di disoccupazione, ritenendo che lo Stato deve intervenire in modo razionale e garantire l'iniziativa delle persone e delle associazioni al fine di assicurare un'occupazione dignitosa. Il recente Catechismo della Chiesa Cattolica del 1992, indica il principio di sussidiarietà come argine al pericolo degli autoritarismi di ogni genere e dà una definizione della sussidiarietà. La socializzazione presenta anche dei pericoli. Un intervento troppo smisurato dello Stato può minacciare la libertà e l'iniziativa personale. La dottrina della Chiesa ha elaborato il

principio detto di sussidiarietà. Secondo questo principio una società di ordine superiore non deve intervenire nella vita intima di una società di ordine inferiore privandola delle sue competenze, ma deve piuttosto sostenerla in caso di necessità e aiutarla a coordinare la sua azione con gli altri elementi che compongono la società in vista del bene comune.

Secondo questo principio, una società di origine superiore non deve intervenire nell'attività di una società di ordine inferiore privandola delle sue competenze, ma deve piuttosto sostenerla in caso di necessità e aiutarla a coordinare la sua azione con gli altri elementi che compongono la società in vista del bene comune.

Giovanni Paolo II, aveva già precisato nella lettera alle famiglie del 1994, che «i genitori sono i primi ed i principali educatori dei loro figli...», e quindi debbono, dividere «le loro mansioni educative con altre persone e altre istituzioni, come la Chiesa e Stato; tuttavia, questo deve sempre farsi applicando in modo corretto il principio di sussidiarietà»<sup>8</sup>.

Secondo il principio di sussidiarietà la famiglia deve essere aiutata e difesa con le misure sociali appropriate. Quando le famiglie non sono in grado di adempiere alle loro funzioni, le altre organizzazioni sociali hanno il dovere di aiutarle e di sostenerle. Giovanni Paolo II, sin dall'inizio del suo pontificato, ha mostrato un grande interesse per il principio di sussidiarietà. Ed anche nel suo viaggio in Polonia del 1979, il Santo Padre rivolgendosi ai Vescovi polacchi, riuniti in Conferenza episcopale, dichiarò che «lo Stato deve compiere la sua missione verso la società secondo il principio della sussidiarietà, volendo esprimere con ciò la piena

---

<sup>8</sup> J.B. D'onorio, op. cit., 13. Vedi J.A. Komancha, *La subsidiarité dans l'Eglise*, in Bulletin du secrétariat de la Conférence épiscopale française, n. 1, janvier 1988, 1-10; Sul tema si veda anche L. Rosa, *Il principio di sussidiarietà nell'insegnamento sociale della Chiesa. La formulazione del principio e la sua interpretazione*, in Aggiornamenti sociali, 1962, 11, 589; A. De Fournas, *Le principe de subsidiarité dans l'Eglise catholique*, Grenoble, 1999, 98.

sovranità della nazione». Ricordando, altresì, che la persona umana è sempre superiore allo Stato poiché le persone e i popoli precedono le organizzazioni sociali e che la nazione è anteriore allo Stato: «Lo Stato deve essere in sintonia con la nazione e il popolo la cui storia e volontà gli si impongono»<sup>9</sup>.

La visione evangelica della società nella storia della chiesa ha sempre richiamato, direttamente o indirettamente, il principio di sussidiarietà<sup>10</sup>. La sussidiarietà è elemento fondamentale della cultura cristiana, considerando che tutte le società di ordine superiore devono porsi in atteggiamento di *subsidium*, ovvero di sostegno, promozione e sviluppo: in aiuto cristiano rispetto a quelle comunità minori, svantaggiate ed in difficoltà<sup>11</sup>. Si pensi, ad esempio, all'enciclica *Caritas in veritate*: «essa è costituita da prerogative essenziali per la vita sociale, quali lo sviluppo dell'interesse generale, l'incoraggiamento alla libera autonomia degli individui, persone e cittadini, singoli o associati; l'incoraggiamento alla dignità ed alla responsabilità della persona, lo stimolo alla partecipazione, l'esortazione alla collaborazione»<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Cfr. J.B. D'Onorio, op. cit., 32; ID., «Il Catechismo Cattolico del 1992, in materia di sussidiarietà», Roma, 1983, 321, con Giovanni Paolo II il principio di sussidiarietà è diventato motivo ricorrente del suo magistero con enunciazioni che, pur man-tenendosi nel solco delle precedenti pronunce, non sono prive di novità. Già nel messaggio indirizzato il 22 agosto 1980 al Presidente dell'Assemblea delle Nazioni Unite avverte come «applicando la nozione di sussidiarietà numerosi gruppi e popoli possono meglio risolvere i loro problemi ad un livello locale o intermedio, ponendo in essere attività che danno loro un senso diretto di partecipazione al proprio destino». Il principio di sussidiarietà viene posto in piena luce dall'Istruzione della Congregazione per la dot-trina della fede *Libertatis conscientia*, dove viene definito, insieme al principio di solidarietà, come intimamente legato alla stessa dignità della persona umana.

<sup>10</sup> Ultimamente ripreso nelle cc.dd. encicliche sociali *Rerum Novarum* o la *Quadragesimo Anno*.

<sup>11</sup> L. Colella, *Persona e Ambiente nel pensiero di Papa Francesco. L'impegno educativo alla sostenibilità ambientale nell'anno del turismo sostenibile*, Rivista *Persone*, 2017, p. 142.

<sup>12</sup> V. Pepe, *La democrazia di prossimità nella comparazione giuridica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, cit. p. 139.

Sul piano dell'organizzazione canonica, si privilegia “*in legislationibus particularibus maiorem amplitudinem et autonomiam, praesertim in iure a Conciliis nationalibus, regionalibus condendo*”<sup>13</sup>. Il principio di sussidiarietà viene proposto “ufficialmente” dall'enciclica di Pio XI *Quadragesimo anno* del 15 maggio 1931 (nn. 80- 81) di Pio XI, divenendo elemento essenziale della dottrina sociale della Chiesa<sup>14</sup>. Bisogna però evidenziare che la sua effettiva applicazione non è stata considerata altrettanto essenziale<sup>15</sup>, dimostrando i pontefici molta cautela. I pontefici si rivelano molto cauti al riguardo con pronunciamenti non del tutto univoci. Pio XII ritiene che gli insegnamenti del suo predecessore “valgano per la vita sociale in tutti i suoi gradi, ed anche per la vita della Chiesa, senza pregiudizio della sua struttura gerarchica”<sup>16</sup>. Anche Giovanni Paolo II, nella esortazione apostolica postsinodale *Pastores gregis* (n.56) del 16 ottobre 2003, nell'indagare la relazione tra Papa e Vescovo, stabilisce che “il termine “sussidiarietà” non è mai stato utilizzato dal Concilio e, per quanto riguarda l'esercizio

---

<sup>13</sup>*Principia quae Codicis iuris canonici recognitionem dirigant a Pontificia Commissione proposita et primi generalis coetus “Synodi Episcoporum” examini subiecta, (sub secreto)*, Typis Polyglottis Vaticanis, 1967, cit., pp. 11-13. Disponibile sul sito del Pontificio Consiglio per i Testi legislativi.

<sup>14</sup> G. Feliciani, *Il principio di sussidiarietà nella dottrina sociale della Chiesa*, in *Federalismo, regionalismo e principio di sussidiarietà orizzontale*, a cura di G. Cimbalo, J.I. Alonso Pérez, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 307-318. Cfr. G. Feliciani *La codificazione per la Chiesa latina: attese e realizzazioni. Dobbiamo tornare alle Decretali?*, in *Stato, Chiese e Pluralismi confessionali*, n. 38 del 2018, pp. 9-15.

<sup>15</sup> C. Cardia, *Subsidiariedad (Principio de)*, in *Diccionario general de derecho canónico*, a cura di J. Otaduy, A. Viana, J. Sedano, vol. VII, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 429-434.

<sup>16</sup> Discorso di PIO XII ai nuovi cardinali, Mercoledì, 20 febbraio 1946. G. Feliciani *La codificazione per la Chiesa latina: attese e realizzazioni. Dobbiamo tornare alle Decretali?*, in *Stato, Chiese e Pluralismi confessionali*, n. 38 del 2018, cit. p. 10.

dell'autorità episcopale, è stato considerato “ambiguo” dagli stessi padri sinodali”<sup>17</sup>.

Con Papa Francesco, invece, si indicherà nella sussidiarietà uno dei criteri guida per la riforma della Curia Romana<sup>18</sup>. Il principio è centrale nell'etica cattolica di Papa Francesco: ed è possibile intravederlo nei moniti alle organizzazioni politico-giuridiche del mondo e ne è prova il contenuto della Enciclica *Laudato Si'* in tema di cura del Creato e sulla Casa comune.

### **5. La sussidiarietà nell'organizzazione della Chiesa cattolica**

La sussidiarietà entra nell'apparato della Chiesa per «la prima volta» con il Sinodo dei Vescovi del 1967, attraverso l'approvazione dei principi *quae codicis iuris canonici recognitionem dirigant*.

Tali principi furono presentati ed elaborati dalla Commissione Pontificia per la revisione del Codice di Diritto Canonico. Il quinto principio aveva come titolo *De applicando principio subsidiariorum in ecclesia*, riferendosi in modo particolare all'assetto dei rapporti tra la legislazione universale e le legislazioni locali.

Concludendo il Sinodo, Papa Paolo VI, pur manifestando il proprio favore e la propria disponibilità all'applicazione del principio di sussidiarietà all'organizzazione interna della Chiesa, segnalò il pericolo di una confusione tra pluralismo, legge morale, unità e centralità della Chiesa di Roma. Nella revisione del Codice di diritto canonico, il principio di sussidiarietà interviene

---

<sup>17</sup> G. Feliciani *La codificazione per la Chiesa latina: attese e realizzazioni. Dobbiamo tornare alle Decretali?*, in *Stato, Chiese e Pluralismi confessionali*, n. 38 del 2018, cit. p. 11.

<sup>18</sup> *Ibidem*. Il presente riferimento è alla “Presentazione degli auguri natalizi della Curia Romana, Discorso del Santo Padre Francesco, Giovedì, 22 dicembre 2016”.

nella determinazione della sfera di competenza e di autonomia degli organismi e dei laici. Nel nuovo Codice canonico, l'amministrazione dei sacramenti e l'esercizio del potere esecutivo sono stati delegati alle Chiese locali, all'apostolato individuale e associato. Paolo VI, concludendo il Sinodo dei Vescovi del 1969, affermava che pur accettando il principio di sussidiarietà: «Nosque idem «principium subsidiarioritatis» in sua praecipua significatione prorsus admittimus», pertanto, non bisognava mettere in discussione l'unità e la centralità della Chiesa"<sup>19</sup>.

Nello schema *Legis peculiaris de Curia Romana*, del 1985, si è più volte affermato che il principio di sussidiarietà doveva essere il criterio per definire l'ambito di competenza delle Curie lo-cali. Anche nel Sinodo straordinario dei vescovi del 1985, il principio di sussidiarietà fu più volte invocato per rivendicare una maggiore autonomia dei Vescovi e delle Conferenze episcopali rispetto all'autorità del Sovrano Pontefice e della Curia romana.

## **6. Conclusioni**

Il dibattito sull'applicazione del principio di sussidiarietà all'interno dell'organizzazione della Chiesa è tutt'ora aperto; alcuni autori ritengono che il principio di sussidiarietà è inapplicabile alla Chiesa in quanto incompatibile con la sua natura e con la sua struttura gerarchica. In tal senso, si afferma che «la presunzione di competenza a favore di ogni fedele e delle istituzioni minori e intermedie» nonché «la relativa determinazione dell'autorità centrale a un ruolo di sostituto, sono inconciliabili non solo con la

---

<sup>19</sup> Cft., Cardinal Rosolio Josè Lara, *La sussidiarietà nella Chiesa*, in J.B. D'Onorio, op. cit., 120, nel rapporto sulla revisione della Costituzione apostolica *Regimen Ecclesiae Universae*, la Commissione presenta il principio di sussidiarietà come criterio utilizzato nella configurazione degli organismi della Curia. Sull'argomento, cfr. R. Metz, *De principio subsidiarioritatis in iure canonico*, in *Acta conventus internationalis canonistarum* (20-25 maggio 1968), Roma, 1970, 298.

struttura gerarchica della Chiesa» ma anche con l'autorità piena ed infallibile del Sommo Pontefice". La conseguenza dell'applicazione analitica e puntuale del principio di sussidiarietà nella struttura gerarchica della Chiesa sarebbe quella di una progressiva e permanente crisi del primato papale, con il rischio di ridurne il potere e le funzioni, facendo degradare la Chiesa universale ad una mera federazione di Chiese locali. La sussidiarietà, come sottolinea il Cardinale Rosalio Josè Castillo Lara, è ritenuta un principio estraneo alla tradizione dell'ecclesiologia e le attuali riforme del Codice canonico, sono in-centrate sul decentramento e sulla partecipazione dei laici, pertanto, devono essere interpretate alla luce del principio di partecipazione e responsabilità<sup>80</sup>.

Tuttavia, una parte della dottrina canonistica non condivide la tesi che nega ogni possibile relazione tra le forme del governo ecclesiastico ed il principio di sussidiarietà. Questi affermano che la sussidiarietà deve essere considerata come un principio ecclesiastico che ha il vantaggio di poter essere modellato a seconda dei problemi e dei contesti socio-politici in cui si trova ad essere applicato".

Si è anche detto che il concetto di *subsidium* è rappresentato dalla stessa rivelazione di Dio che è l'origine ed il *subsidium* della Chiesa, che nell'insieme è sussidiarietà verso i fedeli, e che tutta la predicazione e l'attività della Chiesa si basa sul mutuo aiuto del prossimo per la salvezza. Il potere centrale della Chiesa deve essere vissuto come servizio la cui finalità principale deve essere l'esercizio dei sacramenti per la salvezza del popolo di Dio, nonché la tutela e promozione del nucleo essenziale e intangibile del «depositum fidei». Da questa riflessione nasce l'affermazione dell'esistenza di un diritto originario e insopprimibile dei fedeli a ricevere i mezzi di salvezza e la salvaguardia del popolo di Dio e dell'identità ed unità della Sacra Romana Chiesa. Nella dottrina

canonistica, spesso ci si richiama alle esperienze della Chiesa primitiva, ove l'autorità ecclesiastica è vissuta come servizio in virtù del quale si instaura un rapporto di complementarità e sussidiarietà tra l'autorità dell'apparato e la comunità ecclesiale<sup>82</sup>. In questa sorta di comunione ecclesiale delle componenti della comunità cristiana «sta il cuore e la radice di un'autonoma e originale concezione di sussidiarietà» che caratterizza le relazioni tra gerarchia, livelli istituzionale e i fedeli. Anche in rapporto alla forma di governo della Chiesa uni-versale è possibile ravvisare un rapporto di sussidiarietà e dipendenza tra il Sommo Pontefice e il Collegio, nel senso che «l'uno non può fare a meno dell'altro (anche perché ne fa parte) e viceversa»<sup>20</sup>.

La stessa struttura del Sinodo dei vescovi presenta una valenza di sussidiarietà, perché questo organismo collegiale è nato proprio dall'esigenza di favorire e promuovere lo scambio di esperienze, volontà ed esigenze e di rendere più facile l'esercizio della potestà e delle funzioni di ognuno, al fine di promuovere la sollicitudo omnium ecclesiarum da parte dell'episcopato. Il principio di sussidiarietà costituisce lo strumento attraverso il quale è possibile analizzare la forma di governo della Chiesa universale, anche

---

<sup>20</sup> C. Cardia, op. cit., 248. Contra, vedi G. Mocci, op. cit., 436, «... poiché sono tali la struttura e l'autorità del Collegio dedotte dalla Rivelazione e insegnate dal Concilio, non vediamo alcuna possibilità di applicare, all'interno del Collegio, principio di sussidiarietà». Più ampiamente sul tema, K. Rahner, *Lo jus divinum dell'episcopato*, in J. Ratzinger, K. Rahner, *Episcopato e primato*, Brescia, 1966, p. 100, esistono taluni casi ove viene legalmente predeterminata una riserva di competenza pontificia. I. Massa Pinto, op. cit., 221, ivi sono indicati nei numeri 1 e 3 del primo paragrafo del can. 1405 ed ancora nel terzo paragrafo di quello stesso canone, come pure nell'art. 129 della Costituzione apostolica De Romana Curia. Una facoltà pontificia generale di avocazione che giuridicamente si realizza attraverso la tecnica della sostituzione, è affermata nel can. 1405, S1, 4. Questa è una tecnica tipica per rendere operativo il principio di sussidiarietà. Nel sistema giuridico canonico ad una enumerazione di competenze si affianca una clausola generale, cui è affidato il compito di preservare la coerenza dell'intero sistema prevedendo un potere di sostituzione da parte del livello gerarchico superiore. Il principio di sussidiarietà si riferisce non ad attività da disciplinare ma a obiettivi da raggiungere.

perché esso favorisce la comprensione delle linee guida e dell'evoluzione dell'intero governo della Chiesa. Anche i rapporti tra la Conferenza episcopale e i vescovi che ne fanno parte, possono essere analizzati alla luce del principio di sussidiarietà, perché esiste una «reciprocità comunionale», o meglio di una «simbiosi concentrica», nel senso che ogni comunità di fedeli deve essere considerata una porzione concentrica della comunione ecclesiale universale.

Il principio di sussidiarietà fu più volte invocato dal Concilio Vaticano II, per un maggior decentramento delle competenze non solo nei rapporti tra Santa Sede, Vescovi e Conferenze Episcopali, ma anche nei confronti dell'apostolato dei laici. Ancora una volta il principio di sussidiarietà si dimostra come un formidabile strumento di comprensione di taluni meccanismi istituzionali e sociali, dimostrandosi concetto poliedrico ed elastico, oscuro e penetrante; un modello i cui parametri si dilatano e si degradano dalla quasi totale invisibilità, alla forte visibilità e concretezza dello Stato federale. Nella dottrina dello Stato si fa emergere in modo chiaro la prossimità concettuale della sussidiarietà alle teorie del federalismo, ritenendo che l'applicazione di questo principio non si esaurisce nella mera ripartizione dei compiti tra Stati federati e Stato federale ma è un processo ispiratore dell'intera cultura di un sistema giuridico<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Cfr. K. Thieme, *Foederalismus und Subsidiaritätsprinzip*, in *Politeia*, 1, 1949, 11; K. Stadler, *Subsidiaritätsprinzip und Foederalismus*, Fribourg, 1951, 283.

## CAPITOLO QUINTO

### VINCENZO CUOCO, IL RIVOLUZIONARIO MODERATO. POLITICA, DIRITTO E RIFORME.

di

VINCENZO PEPE

**Sommario:** 1. Vita, pensiero e passione politica. La filosofia di Vincenzo Cuoco. - 2. Vincenzo Cuoco e il suo tempo. - 3. Popolo ed elites, Istruzione e religione. - 4. Storia, diritto, istituzioni. - 5. Il diritto: sintesi tra le classi sociali e l'amor di patria - 6. Vincenzo Cuoco e il diritto come comparazione giuridica - 7. La rilevanza del fattore ambientale nella comparazione giuridica - 8. Vincenzo Cuoco, Giambattista Vico, Emerico Amari. Le radici del costituzionalismo italiano - 9. Vincenzo Cuoco e il futuro delle nostre istituzioni.

## ***1. Vita, pensiero e passione politica. La filosofia di Vincenzo Cuoco***

Nato in Molise nella piccola comunità di Civitacampomariano nell'ottobre del 1770, l'adolescente Vincenzo Cuoco fu avviato dalla famiglia a Napoli perché vi continuasse gli studi per prepararsi alla carriera forense. Giunse nella città quando la grande età delle riforme inclinava già al tramonto. Frequentando il conterraneo Galanti sbocciò nel giovane la passione per lo studio della Ragione e l'amore per autori quali il Machiavelli e Giambattista Vico. Pur non avendo conseguito il titolo di procuratore, nel 1790 il Cuoco cominciò ad esercitare l'avvocatura, ma accanto alla pratica degli affari continuò a tenere viva la curiosità per gli studi avvicinandosi sempre più al grande filosofo napoletano. Del Vico almeno inizialmente non colse, probabilmente fraintese, gli aspetti gnoseologicamente innovatori concentrando l'attenzione sulla scoperta dell'insostituibilità del passato nel disegno dello sviluppo e sulla concezione di un ordine provvidenziale preesistente al mondo, di quella trama divina che sorregge "l'infinita varietà delle azioni e delle opinioni umane" (*Scritti vari*, II, p. 317)<sup>1</sup>. Accanto a tale suggestione l'altro tema che lo appassionò è la celebrazione *della antichissima sapienza italica* che egli concepì come uno spontaneo emergere di energie dal profondo dell'animo popolare; uno spunto che svilupperà tra il 1803 e il 1806 quando vorrà contrapporre all'egemonia francese il primato autoctono della nazione italica. Parallelamente fece suo l'ideale vichiano di una "monarchia perfettissima", di uno Stato retto energicamente da una minoranza di dotti e di forti, il modello, cioè, che ispirò a Napoli, negli ultimi decenni del Settecento, tanto la politica dei riformatori, quanto, dopo la svolta reazionaria della monarchia, i congiurati del 1794 e i rivoluzionari del 1799. Nel 1799 con l'ingresso dei Francesi a Napoli Cuoco si

---

<sup>1</sup> *Scritti Vari Parte prima: Periodo Milanese 1801-1806, Parte seconda: Periodo Napoletano 1806-1815 e Carteggio*, Laterza 1924.

trovò ad “accogliere” per amore di patria, una rivoluzione e una repubblica su cui nutriva forti dubbi. Con il sopraggiungere dell’armata del cardinale Ruffo nel giugno del 1799 la sua abitazione venne saccheggiata, l’esercito del restaurato Ferdinando I lo arrestò e lo tenne nelle carceri napoletane per otto mesi fino a quando, grazie all’intercessione della famiglia, venne condannato a venti anni d’esilio e alla confisca dei beni. Scampato il pericolo della forca Cuoco dovette imbarcarsi il 5 maggio del 1800 per Marsiglia da dove si spostò nei mesi successivi prima a Parigi e poi a Milano. Nel capoluogo lombardo lavorando come oscuro magazziniere portò a termine il famoso *Saggio Storico sulla Rivoluzione napoletana* rinfrancato anche dalla proclamazione della Repubblica Cisalpina<sup>2</sup>. L’opera raccolse rapidamente i favori dei moderati e dell’ala liberale degli antigiacobini e seppe interpretare, in Francia come in Italia, l’affiorante opinione pubblica rassicurata dalle vittorie napoleoniche. Al centro dei cinquanta capitoli del *Saggio*, non è soltanto la rivoluzione di Napoli, ma anche “la storia della rivoluzione di tutti i popoli della terra e specialmente della Rivoluzione francese”: questa “ha attaccato e rovesciato l’altare, il trono... i diritti e le proprietà delle famiglie”. Egli ne riconosce la legittimità e, forse, la necessità come conclusione della lunga crisi dell’antico regime ma soprattutto individua già i caratteri della contraddittoria politica del Direttorio in Italia offrendo una dura critica della svolta radicale impressa dai Giacobini dopo il 1792. Con il regicidio di Luigi XVI per Cuoco termina ogni legame con la legalità della rivoluzione. Ma il fiero critico della Rivoluzione<sup>3</sup> era molto lontano dal dubitare della grandiosità dell’evento: paragonava i fatti di Francia a quelle catastrofi naturali che

---

<sup>2</sup> Per comprendere gli eventi che caratterizzarono quei delicati anni tra la fine del Settecento e l’inizio dell’Ottocento vedi C. Zaghi, *L’Italia di Napoleone dalla Repubblica Cisalpina al Regno*, Utet Torino, 1976.

<sup>3</sup> Sul complesso tema di come in Italia si pensò alla Rivoluzione francese vedi l’opera di E. Diaz, *L’incomprensione italiana della Rivoluzione francese*, Bollati Boringhieri, Torino, 1989.

sconvolgendo la crosta terrestre rivelano l'interno assetto degli strati geologici e con l'eruzione di grezzi materiali determinano una nuova dinamica. Così la Rivoluzione, spazzando quel che era fatiscente nell'antico regime aveva aperto la prospettiva di nuovi equilibri politici e fatto irrompere nella storia le forze popolari: "il popolo è il grande, il solo agente della rivoluzione... ecco tutto il segreto delle rivoluzioni: conoscere ciò che il popolo vuole e farlo, egli allora vi seguirà... arrestarsi tosto che il popolo più non vuole; egli allora vi abbandonerebbe" (cap. XVII). Questa è la tesi più nota del *Saggio*, la premessa del pensiero del Cuoco. Dall'esigenza di adeguare l'azione politica alla volontà degli strati popolari, egli ricava conclusioni profondamente diverse da quelle proposte dai conservatori e dai reazionari dei suoi tempi, dal Burke e dal de Maistre.<sup>4</sup> Egli infatti sa che la volontà popolare non è destinata a rimanere immobile sulla linea delle idee tradizionali, poiché l'esperienza insegna che le idee dei popoli possono mutare. Il *Saggio* affida alla classe dirigente il compito di promuoverne la trasformazione. Spetta al riformatore trarre "dal fondo della nazione" le idee e le esigenze che oscuramente fermentano nella coscienza popolare, chiarirle per mezzo dell'istruzione, inserire gradualmente le plebi nel corso progressivo della storia: "le prime idee che si devono far valere sono le idee di tutti, quindi le idee dei molti, in ultimo le idee dei pochi... Tutto si può fare: la difficoltà è solo nel modo; noi possiamo giungere col tempo a quelle idee alle quali sarebbe follia voler giungere oggi" (cap. XIX).

La fase biografica che segue la pubblicazione del *Saggio* è poco nota. L'opera aveva avuto successo, ma era stata pubblicata anonima, e il Cuoco continuava a "vivere alla giornata" lavorando in un "negoziotto di stamperia". Nelle lettere che egli scrive in questo periodo si alternano parole di malinconia, propositi di suicidio, speranze di un imminente cambiamento

---

<sup>4</sup> Sul tema Storicismo e origine dell'Idealismo vedi F. Tessitore, *Altri contributi alla storia e alla teoria dello storicismo*, Edizioni di Storia e Letteratura, Roma, 2007.

dell'organizzazione di governo: erano i giorni dei Comizi di Lione in cui lo stesso Bonaparte sembrava volere accrescere la reale possibilità di dare forma concreta alla Repubblica Cisalpina. Eppure nelle stesse settimane Cuoco rifiuta la possibilità di tornare a Napoli: “che potrei fare nella patria? a che potrei occuparmi? a che travagliare? ... qui mi amano mi stimano personalmente, vedremo”. Una spinta risolutiva era venuta dalle nuove prospettive aperte, dopo la proclamazione della Repubblica italiana, dalla vicepresidenza di Francesco Melzi d'Eril. Entro una forma democratica si delineava un nuovo modello di Stato illuminato e forte, ancorato alla borghesia attiva e al patriziato, capace di liquidare rapidamente le “teste calde” ma aperto ad un programma di riforme e ad una imprecisata prospettiva nazionale. Si poteva dunque realizzare così per il Cuoco quell'agognato obiettivo intellettuale e di programma politico di far convergere verso una strategia comune l'antigiacobinismo, il patriottismo, il riformismo. Nell'estate del 1802 l'adesione del Cuoco a quello che ormai si configura come il sistema napoleonico è convinta ed esplicita, coronata, nell'agosto 1803, dall'invito del Melzi a formulare il programma del *Giornale italiano*, destinato a diventare l'organo ufficiale della vicepresidenza della Repubblica. Progettò un giornale che spaziasse dall'economia alla sfera del costume fino alla politica. Il nuovo corso napoleonico rendeva finalmente praticabile la sua aspirazione a trasformare il problema politico in problema pedagogico; spettava agli intellettuali difendere e propagare le “idee medie” e quel che la situazione storica consentiva del progetto nazionale. Il foglio riservava la parte più consistente ai problemi dell'agricoltura, dei commerci, delle finanze ma il compito più alto consisteva nel formare lo “spirito pubblico”, la coscienza nazionale. Guardando al di là dei confini della repubblica napoleonica, il Cuoco si proponeva il problema dell'“Italia una”<sup>5</sup>, dei “destini futuri”; per l'immediato

---

<sup>5</sup> Per approfondimenti sul tema e sull'impegno del Cuoco nel volere tradurre le idee in concreta azione politica vedi F. Tessitore, *Filosofia, storia e politica in Vincenzo Cuoco*, Marco editore, Lungro 2002.

presente chiedeva la collaborazione di “tutti gli uomini di lettere” della penisola, sì che il giornale potesse far di Milano “la sede della mente universale della nazione” (*Scritti vari*, I, p. 8). Ciò sarebbe stato possibile utilizzando criticamente le memorie del passato ed aprendo largamente l’Italia alla cultura europea contemporanea. Era necessario misurarsi “almeno col pensiero” con le altre nazioni, che erano “più grandi” di quanto non fosse l’Italia. Ma questa apertura all’informazione internazionale ed al dibattito nasconde una segreta aspirazione nazionalistica e soprattutto il mai nascosto astio anti-francese, se per Francia si intendeva quella egemonizzata dal radicalismo giacobino. Dal settembre 1803 gli fu affidata la direzione principale e la principale responsabilità del *Giornale italiano*: lo stipendio di 350 lire mensili corrispostogli sui fondi del ministero degli Interni fece di lui un funzionario napoleonico, un attento interprete delle direttive del centro. Incarico ricoperto fino all’estate del 1806. Nel periodo milanese<sup>6</sup> l’attività intellettuale del Cuoco si spiega con grande forza e vivacità, ma, con la simultanea gestione di progetti si nota una certa tendenza dispersiva che caratterizza, in verità, costantemente la sua attività intellettuale. Sono gli anni in cui prende forma un’opera talvolta sottovalutata, ma certamente originale nella forma e nei contenuti e dai molti livelli di lettura come *Platone in Italia*. Riprendendo uno schema ispirato dalla letteratura didascalica settecentesca, il Cuoco immagina il viaggio che Platone e Cleobolo, personaggio immaginario e verosimilmente autobiografico, compiono nella Magna Grecia per conoscere gli uomini, le città, i costumi. Le vicende del viaggio costituiscono una cornice narrativa entro la quale egli raccoglie materiali eterogenei: rappresentazioni di luoghi, personaggi, stati d’animo diversi (dal ricordo dei lontani luoghi della giovinezza alla romantica descrizione delle rovine di antiche città, frammenti di storia delle antiche popolazioni italiche; abbozzi di filosofia;

---

<sup>6</sup> Per approfondire il periodo milanese del Cuoco vedi S. Nutini, *Vincenzo Cuoco a Milano (1800-1806). Inediti e rari*, Istituto storico italiano per l’età moderna e contemporanea, Roma 1989.

dissertazioni sulle istituzioni, leggi, costumi e arti dell'Italia preromana; miti, leggende, profezie. L'obiettivo è però politico. Egli attraverso la metafora letteraria intende rappresentare con commozione le sciagure civili dell'Italia contemporanea tra Rivoluzione ed Impero. I contemporanei intesero l'allegoria e lessero il *Platone* come un'opera politica e patriottica, accogliendola con un favore che è testimoniato dal succedersi delle edizioni nei primi decenni del secolo apprezzando soprattutto la celebrazione romantica e protonazionalistica dell'antichissimo primato italico.

Nell'estate del 1806 finalmente ritornò a Napoli<sup>7</sup> dove condusse il progetto di un foglio giornalistico, il *Corriere di Napoli che* uscì il 16 agosto per continuare con scadenza trisettimanale sino al 1811 quando si fuse col *Monitore napoletano*, prendendo il titolo di *Monitore delle Sicilie*, un quotidiano posto sotto la responsabilità del ministro di Polizia, ufficialmente diretto da Emanuele Taddei, ma realmente ispirato dal Cuoco che ne fu il vero direttore. Sino al 19 maggio 1815, immediata vigilia della restaurazione borbonica, egli collaborò al *Corriere* ed al *Monitore* con 147 articoli i cui temi mostrano quello stesso largo ventaglio di interessi che egli aveva già illustrato negli articoli del *Giornale italiano*. Nella sua seconda esperienza partenopea però l'impegno giornalistico passò in subordine rispetto a quello politico ed alle responsabilità amministrative: l'incontro con i Napoleonidi trasformò il giovane studioso molisano in un alto funzionario del Regno, in uno dei maggiori protagonisti delle riforme giuseppine e murattiane. Nel novembre 1806 venne nominato consigliere del Sacro Real Consiglio: dovette rimandare la presa di servizio, essendo ancora sprovvisto di laurea, ma la carica cominciò presto a fruttargli 3.000 ducati annui che gli consentirono "casa e carrozza". L'11 novembre

---

<sup>7</sup> Sull'ambiente politico, sociale e amministrativo di Napoli tra il regno di Giuseppe Bonaparte e quello di Gioacchino Murat vedi P. Villani, *Il Decennio francese, Napoli 1799-1815, Dalla Repubblica alla monarchia amministrativa*, Edizioni del Sole, Napoli 1995.

1807 fu nominato membro della Commissione feudale, una magistratura straordinaria che, dando applicazione ai principi fissati dalle leggi eversive della feudalità, doveva determinare il crollo dell'aristocrazia d'antico regime ed affermare il concetto moderno della proprietà. Il 4 settembre 1808 ebbe luogo tra Napoleone e il Cuoco un colloquio del quale si sa soltanto che ebbe in dono una tabacchiera d'oro "contornata di brillanti e fregiata della sigla imperiale". Come funzionario e intellettuale lavorò a programmi di rinnovamento dell'istruzione nei regni dell'Italia meridionale. Nel *Rapporto* e nei *Decreti* pubblicati ed emanati si specificano le teorie pedagogiche già affrontate con mezzi letterari nel Saggio e nel Platone. Entrato in contatto con la società meridionale il Cuoco pone tra le *élites* filosofiche e le plebi disorganiche, una fitta trama di intermediari: la piccola e media borghesia cittadina e rurale, tutti coloro la cui istruzione "ha per oggetto di facilitare le comunicazioni tra i pochi e i moltissimi". Questo sistema di mediazione fu pensato nella prospettiva di un ordinato e graduale progresso civile, ma non si può non osservare che una struttura dominata da intellettuali e proprietari poteva facilmente trasformarsi in quel blocco per l'organizzazione del consenso su posizioni conservatrici a cui doveva tendere il programma politico del Cuoco nei suoi anni della maturità. "È necessario - scrive - che vi sia una istruzione per tutti, una per molti, una per pochi.... La prima non deve formare del popolo tanti sapienti, ma deve istruirlo quel tanto che basta perché possa trarre profitto dai sapienti.... I grandi scienziati, sempre pochi, non possono essere a contatto con tutto il popolo... ad ottenere questo sono utilissimi i proprietari, i quali con l'istruzione e mezzi maggiori... sono più facilmente in contatto con gli scienziati e con i loro libri, e sono più efficaci a persuadere il popolo" (*Scritti vari*, II, p. 5). Il *Rapporto sull'istruzione* organizza la scuola in tre ordini (elementare, medio, sublime) e, consentendo l'insegnamento ai privati, riserva allo Stato una funzione d'intervento e di controllo che si esercita attraverso una direzione generale dipendente dal ministero degli Interni.

L'istruzione non deve prendersi cura solo della scienza, ma anche della politica e della morale. Questa prescinde dalla religione, si fonda sul concetto di proprietà, sull'orgoglio nazionale, sulla "subordinazione, prima virtù d'ogni cittadino". Al dibattito sulla riorganizzazione dell'istruzione seguì un periodo nel quale il re di Napoli Gioacchino Murat gli affidò la direzione del Tesoro reale con l'arduo compito di riorganizzare il dissestato settore dell'amministrazione, un lavoro che il Cuoco condusse con intelligenza e zelo portando la Tesoreria napoletana dal caos in cui la trovò all'ordine e all'efficienza in cui la lasciò nel 1815. Tale gravosa incombenza gli rese impossibile "ogni occupazione letteraria". Quando, dopo la spedizione di Russia, i rapporti tra Gioacchino Murat e Napoleone si incrinarono, il progetto unitario nazionale che egli aveva sempre considerato parve possibile, caldeggiando allo stesso Murat la rottura con Napoleone e un accordo con gli Austro-inglesi<sup>8</sup>.

Nei convulsi ultimi anni dell'esperienza murattiana Cuoco sembra da una parte restare fedele al re, dall'altra provare a guardare oltre. Fu chiamato ancora a proseguire l'opera di riassetto delle finanze ma dopo la fuga-esilio di Napoleone all'Elba suggerì al Murat di inserirsi ancora una volta nella crisi europea riprendendo la guida del movimento nazionale italiano. Progettò di impadronirsi militarmente della penisola per trattare da posizioni di forza col vincitore dello scontro continentale. La sfortunata impresa di Murat che catturato venne fucilato a Pizzo Calabro il 13 ottobre 1815, e con il definitivo ritorno dei Borboni a Napoli, Vincenzo Cuoco restò nell'amministrazione pubblica, al Tesoro, ma gli ultimi suoi anni furono segnati da grande amarezza. Alle sempre più frequenti manifestazioni della malattia nervosa che lo affliggeva, si aggiunse l'inquietudine per il suo ruolo di intellettuale non riconosciuto nello Stato borbonico. Le biografie sono ricche di aneddoti che rivelano come la malevolenza della

---

<sup>8</sup> Sulla questione delle alleanze militari e politiche da ricercare in vista della possibile unità della Penisola, vedi M. Romano, *Vincenzo Cuoco nella storia del pensiero e dell'unità d'Italia*, La Nuova Italia editrice, Firenze 1933.

corte nei suoi riguardi fosse unita ad un formale rispetto che giunse sino all'elargizione di nuovi titoli accademici e, quando la malattia gli impedì il servizio, alla concessione di una "mediocre pensione". Tra il 1817 e il 1821 il Cuoco dà manifesti segni di pazzia, alternando a sempre più rari momenti di lucidità improvvise accensioni di furore e crisi di depressione. Nel 1823 una caduta gli provocò la frattura del femore e, colpito da febbre e da cancrena, morì il 14 dicembre a Napoli nella casa dei marchesi De Attellis alla salita Tarsia. Il suo corpo fu sepolto nella cappella di S. Giuseppe de' nudi e in seguito, sopravvenuto il divieto di inumazione nelle chiese, fu gettato nell'ossario comune.

## ***2. Vincenzo Cuoco e il suo tempo***

Il Settecento ha rappresentato per l'Italia, soprattutto nella sua seconda metà<sup>9</sup>, quel risveglio culturale e intellettuale da tempo atteso. A causa di un periodo che gli storici sono soliti identificare con il cosiddetto "*Lungo Seicento*" nel quale la frammentazione politica, l'egemonia straniera e le ripetute crisi economiche avevano non solo emarginato l'Italia dal nuovo contesto geopolitico europeo e mondiale ma definitivamente mortificato ogni velleità di unità nazionale, l'Illuminismo portò una ventata di novità intellettuale che si diffuse rapidamente. Da Milano a Napoli, passando per Firenze<sup>10</sup>, nacquero e si moltiplicarono i salotti, i gabinetti, le società e le associazioni di liberi pensatori che forti delle novità culturali europee intesero diffonderle nei vari stati italiani e nei molteplici contesti socio-politici della Penisola. Proprio questa capacità di calare nelle varie realtà italiane le idee dell'Illuminismo è senza dubbio il maggiore

---

<sup>9</sup> Per un'ampia panoramica su ciò che la seconda metà del Settecento ha rappresentato per gli intellettuali italiani vedi V. Ferrone, *I profeti dell'Illuminismo, le metamorfosi della ragione nel tardo Settecento italiano*, Laterza, Roma Bari 1989.

<sup>10</sup> Vedi G. Giarrizzo, *Massoneria e Illuminismo nell'Europa del Settecento*, Marsilio, Venezia 1994.

merito di molti fra gli intellettuali italiani del Diciottesimo secolo e l'incontenstabile valore aggiunto che essi seppero dare all'intero movimento illuministico europeo. Una felice congiuntura politica segna nei principali stati in cui era suddivisa la Penisola gli anni che vanno dal 1750 al 1785<sup>11</sup>, in cui, anche a livello istituzionale, si assiste a una decisa svolta riformatrice che fa sue le istanze dello sviluppo sociale, economico e politico che in molti auspicavano. Sono anche gli anni nei quali sembra possibile un'unione di intenti tra strati differenti della popolazione. Dalle rivendicazioni sulla terra e dalle lotte antifeudali dei contadini alle spinte progressiste delle borghesie cittadine fino al risveglio illuminato di non poche aristocrazie, sembrò finalmente realizzabile un riformismo che sapesse addensare e convogliare anche le spinte più radicali, quelle della Rivoluzione francese in primo luogo.

Ingegno essenzialmente politico<sup>12</sup>, Vincenzo Cuoco deriva dal Machiavelli e dal Vico, del quale, peraltro, approfondì le esigenze storicistiche più che non il significato ideale della speculazione, la capacità di sapere cogliere i fenomeni storici nel loro intersecarsi ad ambiti concreti, sociologici si sarebbe detto un secolo più tardi. Uno sguardo certamente originale che lo fa protagonista assoluto di eventi determinanti<sup>13</sup>. A supporto di questa tesi e sgombrando il campo da ogni possibile equivoco dogmatico-teoretico ebbe a dire nei Frammenti di *lettere a Vincenzo Russo* e soprattutto nel *Saggio storico sulla rivoluzione napoletana del 1799* che “nessuna rivoluzione può essere imposta né con la forza delle baionette, né ad opera di un'assemblea di filosofi”, sostenendo

---

<sup>11</sup> Per il panorama filosofico partenopeo, i suoi protagonisti e le tematiche più dibattute vedi G. Galasso, *La filosofia in soccorso de governi*, Guida, Napoli, 1989.

<sup>12</sup> Per orientarsi nella vasta bibliografia cuochiana, sia per le edizioni delle opere sia per la letteratura secondaria, si veda *Contributo alla bibliografia cuochiana*, a cura di G. Palmieri, Campobasso 2000, aggiornato dagli «Annali cuochiani», diretti da L. Biscardi.

<sup>13</sup> Sul ruolo da protagonista che il Cuoco ebbe nell'alveo del pensiero politico meridionalista vedi G. De Ruggiero, *Il pensiero politico meridionale nel secolo XVIII e XIX*, Laterza, Bari 1921.

invece che ogni popolo ha diritto ad una sua propria costituzione pienamente calata nella realtà e adeguata alla sua cultura e alla sua storia. Non a caso egli associa il tema della rivoluzione, paradigma finale del pensiero settecentesco, al tema della Costituzione, ovvero al punto d'arrivo della filosofia politica nata in seno all'Illuminismo. Egli aveva acutamente intuito che gli esiti nefasti dell'avventura napoleonica in Italia non fossero altro che le inevitabili conseguenze dell'eccessiva astrattezza di molti fra i discorsi dei rivoluzionari di matrice giacobina avendo per questo compreso quanto fosse arduo, oltre che ingenuo, trasportare ideali rivoluzionari d'Oltre Alpi nella nostra Penisola. Vincenzo Cuoco, sulla scia del Genovesi e dell'originale interpretazione della filosofia di Giambattista Vico, propone una sua rielaborazione del tutto peculiare che si attesta come una sorta di moderatismo conservatore e rivoluzionario allo stesso tempo. Per un verso il Cuoco, nella maturazione del suo pensiero che da filosofico si fa sempre più politico, si convince dell'anacronismo di forme monarchiche oramai autoreferenziali e impegnate soltanto a difendere rendite di poteri, ma dall'altro si pone come tenace nemico delle derive giacobine robesperriane e dei suoi frutti estremistici.<sup>14</sup> E' assurdo illudersi (e questo fu l'errore fatale di una parte consistente dei Rivoluzionari francesi) che vi siano metodi politici universalmente validi e universalmente applicabili a prescindere dalle particolari realtà storiche e sociali: tale è l'errore commesso dall'Illuminismo, che pecca di astrattezza nella misura in cui pretende di universalizzare e di assolutizzare ogni cosa. Ogni realtà ha le sue condizioni e le sue peculiarità ambientali; non è detto che, quanto risulta ottimo a Parigi, risulti

---

<sup>14</sup> “Questo dettaglio vale a suggerire come il misogallismo di Cuoco fosse insito nello stesso giacobinismo napoletano...nei termini di una riflessione mirata alle scelte politiche di Cuoco, queste considerazioni inducono a ritenere che il rifiuto del 1793 e lo scetticismo con il quale egli guardò alla congiura dell'anno successivo non siano sufficienti a escluderlo dal quadro di riferimento del giacobinismo e valgano a ipotizzare solo un circostanziato dissenso rispetto al robespierrismo. A De Francesco, *Vincenzo Cuoco una vita politica*, pag 13-14, Laterza, Bari 1997.

tale anche a Napoli. Troviamo, pertanto, in Cuoco, un interesse assoluto verso le specificità culturali e i germi del nascente Romanticismo che in antitesi all'Illuminismo si prenderà cura di esaltare le identità e le tradizioni culturali dei territori. A proposito del fallimento della rivoluzione napoletana, egli annotava:

*"Le idee della rivoluzione di Napoli avrebbero potuto essere popolari, ove si avesse voluto trarle dal fondo istesso della nazione. Tratte da una costituzione straniera, erano lontanissime dalla nostra; fondate sopra massime troppo astratte, erano lontanissime da' sensi, e, quel ch'è più, si aggiungevano ad esse, come leggi, tutti gli usi, tutt'i capricci e talora tutt'i difetti di un altro popolo, lontanissimi dai nostri difetti, da' nostri capricci, dagli usi nostri... Se mai la repubblica si fosse fondata da noi medesimi, se la costituzione, diretta dalle idee eterne della giustizia, si fosse fondata sui bisogni e sugli usi del popolo; se un'autorità che il popolo credeva legittima e nazionale, invece di parlargli un astruso linguaggio che esso non intendeva, gli avesse procurato dei beni reali, e liberato lo avesse da que' mali che soffriva... forse... chi sa?... noi non piangeremmo ora sui miseri avanzi di una patria desolata e degna di una sorte migliore... La nostra rivoluzione, essendo una rivoluzione passiva, l'unico mezzo di condurla a buon fine era quello di guadagnare l'opinione del popolo. Ma le vedute de' patrioti e quelle del popolo non erano le stesse: essi avevano diverse idee, diversi costumi e finanche due lingue diverse". (Saggio storico sulla rivoluzione napoletana del 1799)*

Sul piano più strettamente filosofico<sup>15</sup> la reazione antilluministica, piuttosto che stimolare la creazione di nuove originali visioni del

---

<sup>15</sup> Il Cuoco si fece promotore dell'incontro di temi politico-culturali eterogenei provenienti dalla migliore tradizione europea con lo scopo di dare forma e vita ad un autentico pensiero filosofico-politico italiano, in grado di interpretare la peculiare situazione dell'Italia in vista del necessario riformismo di cui i vari stati italiani necessitavano e per un ambizioso progetto di unità nazionale. A tal proposito vedi F.

mondo, si trasformò, anzitutto, in esigenza di recupero della tradizione culturale italiana, con lo scopo pedagogico di formare le coscienze intorno ai valori costanti della civiltà italiana. Furono poste ossia le basi per l'impegno politico degli intellettuali dell'Ottocento che si focalizzò sul disegno di liberazione dagli Austriaci e dunque sul progetto di costruzione di un unico stato italiano a dimensione nazionale. La riscoperta e la diffusione delle tradizioni storico-culturali era tesa a fondare una "coscienza della nazionalità italiana" che sola potesse essere il presupposto logico di quel progetto; infatti era giudizio diffuso che sussisteva di fatto, e da tempi antichi, un'unità spirituale che la divisione politica in una molteplicità di stati, anche se secolare, non aveva mai spezzato. Emerge così nelle sue riflessioni una prospettiva dinamica ad ampio raggio che si muove dalla politica all'antropologia fino alla pedagogia, e che modella il suo realismo conservatore facendo della sua maggiore opera, *Il Saggio*, lo specchio delle contraddizioni e della vivacità intellettuale che segue la discesa dei francesi in Italia. Una discesa-invasione su cui il Cuoco riflettè a lungo anche con giudizi talvolta in apparente contraddizione. Da catastrofe per le genti italiche egli sostenne altresì Napoleone come l'instauratore di "un nuovo ordine di cose", una posizione che appare invece coerente all'impianto generale del *Saggio* se si pensa alla funzione egemonica che in esso il Cuoco riserva alle *élites*. Dunque non una contraddizione intellettuale ma un'idea in armonia con l'ispirazione nazionale unitaria che sin dalle prime pagine anima l'opera, qualora si consideri che, col nuovo corso napoleonico, nella mente del Cuoco si accese la speranza di realizzare l'unità italiana come parte del "grande insieme" di nazioni e di popoli che trovava, in quella fase storica, nella Francia il suo centro<sup>16</sup>.

---

Battaglia, *L'Opera di Vincenzo Cuoco e la formazione dello spirito nazionale in Italia*, Bemporad, Firenze, 1925.

<sup>16</sup> Sulla notevole capacità politica del Cuoco di interpretare il suo tempo, scegliendo un atteggiamento non dogmatico o estremistico vedi C. Campanelli, *Il realismo politico di Vincenzo Cuoco*, AGEA, Napoli 1974.

Non di meno bisogna ricorda come Il *Saggio*, più che una storia, sia una meditazione sulla storia. La rivoluzione di Napoli è stata un movimento “passivo”. Generata da un contraccolpo di eventi estrinseci non ha saputo inserirsi nei concreti bisogni del popolo e approfondire i motivi storici originali. Si è invece allontanata dalle genti nel nome di un’astratta politica universale, voltando le spalle alla concreta libertà e alla sola vera forza delle rivoluzioni, ovvero rifiutando il patriottismo che nasce nel popolo allorquando esso sente congiunti i suoi bisogni a quelli del suo ambiente di appartenenza. Ecco perchè l’opera è un duro atto d’accusa alla mentalità giacobina francese, che, concepita di pura ragione una forma perfetta di governo, credette possibile imporla a genti che già avevano una storia propria, uno sviluppo secolare autonomo, esigenze peculiari che andavano comprese e rispettate. Una originale sensibilità quella che anima la riflessione cuochiana e che si dispiega chiaramente nel profondo interesse che egli nutrì verso l’istruzione popolare e la stessa educazione femminile che lo ispirò nella progettazione di un nuovo ordinamento scolastico che comprendesse tre gradi: sublime, medio, elementare; un sistema nel quale il docente potesse esplicitare in piena libertà il proprio compito specie nella formazione della coscienza infantile, senza soffocare l’autonomia del discente. Il sistema scolastico del Cuoco respinge ogni dogmatismo intellettualistico, fa appello alle vive potenze creative dello spirito, si richiama alle tradizioni dei luoghi e ci sorprende per la sua ricchezza e modernità. Purtroppo questo ambizioso programma non venne attuato se non in parte e per brevi periodi ma esso ci restituisce un intellettuale pienamente coinvolto nel suo ambiente e capace di una visione culturale assolutamente straordinaria, di un’acuta volontà di comprensione del presente tanto che al suo insegnamento si ispirarono intellettuali quali Mazzini e Gioberti. Ecco perché il contributo del Cuoco alla formazione della coscienza nazionale nel rapporto che essa deve intrattenere con le molte autonomie locali da salvaguardare resta, forse, il suo insegnamento più alto e la più straordinaria eredità.

### ***3. Popolo ed elites, istruzione e religione.***

Nel Cuoco del Saggio troviamo sia l'idea vichiana, protoromantica, delle spontanee energie popolari creatrici della storia, sia la concezione ancora settecentesca di un processo storico diretto dall'alto, da elites illuminate e riformatrici. La sua preferenza sembra andare a favore delle classi dirigenti, alla loro adeguata formazione, perché se è vero che per "produrre rivoluzione" occorre il numero, è più vero che *"sono importanti i conduttori i quali presentano al popolo quelle idee ch'egli talora travede quasi per istinto, che molte volte segue con entusiasmo, ma che di rado sa da se stesso formarsi"* (Saggio, cap. XV). Nel successivo svolgimento del suo pensiero la funzione delle *élites*, e con essa l'egemonia dei ceti medi, assumerà un rilievo preponderante. Appare per questo straordinaria la sua capacità di anticipare e approfondire il rapporto tra masse ed elites se pensiamo come tale relazione divenga effettivamente il nodo cruciale e ineludibile dell'intero Risorgimento italiano, come Antonio Gramsci seppe poi descrivere avendo cara la lezione del Cuoco. Per risolvere i problemi creati dall'azione popolare in una società in sviluppo, il filosofo molisano avanza proposte che, rimanendo aderenti alle esigenze della frammentata realtà italiana, aprono la strada al liberalismo moderato dell'Ottocento. Occorre sottolineare anche in questo caso la geniale critica rivolta al Giacobinismo già tramontante e per molti aspetti distruttore delle stesse riforme intraprese a causa di un radicalismo fine a se stesso. Il Cuoco sceglie, per uscire dall'impasse che le stesse idee rivoluzionarie sembravano avere generato, la prospettiva pedagogica che lo ispirerà negli anni della maturità, del suo impegno civile e culturale come funzionario dei regni napoleonici. La repubblica era caduta perché la rivoluzione aveva interrotto nel momento più delicato il processo di sviluppo della "nazione napoletana" iniziato con le riforme. La rivoluzione era fallita perché, portata da armi straniere, si volse solo ad affermare idee "non intese né curate dal popolo", incapace di interpretarne i

bisogni la rivoluzione era rimasta “passiva”. La distanza esistente tra “le idee de' patrioti” e le “idee della nazione” non era stata colmata. Anche quando i patrioti, per rompere l’isolamento, avevano tradotto nel dialetto i loro programmi, essi avevano continuato a parlare il linguaggio della ragione e dei diritti politici, incomprensibile al popolo. Chiusa in una concezione aristocratica della repubblica, la classe dirigente non aveva ignorato il popolo, ma lo aveva giudicato per allora inerte, scisso dalla nazione della quale si era considerata sola rappresentante. Da tali premesse aveva tratto la decisione, rivelatasi fatale, di “tutto riformare” senza tenere conto delle resistenze che incontrava dal basso. Così nel ‘99, con l’insurrezione sanfedista delle plebi, l’incomunicabilità tra i “due popoli” era giunta alla sua tensione massima e all’inevitabile drammatica conclusione. Qui lo sguardo “sociologico” del Cuoco segue quello filosofico che si concentra in particolare sulla critica “antimoderna vichiana” intesa come ipostatizzazione della potenza del soggetto<sup>17</sup> così come Cartesio il razionalismo e l’Illuminismo in genere avevano professato. Infatti Giambattista Vico aveva contrapposto a tali riferimenti una concezione storico-sociale incentrata sulla più concreta idea della finitezza e dell’incertezza come i caratteri ontologici specifici di ogni ente. È da questa visione che discenderebbe in Vico l’idea che “l’unica categoria del politico” sia la *prudentia civilis*, intesa quale «ricerca dell’equilibrio, valutazione del possibile e del fattibile, consapevolezza (...) della intrascendibile relatività e aleatorietà del fatto politico». Il Saggio del Cuoco riprende e sviluppa le intuizioni di Vico, aggiornandole alla luce della Rivoluzione francese e di quella partenopea. Ecco dunque che la riflessione si incentra sul concetto di rivoluzione passiva, espressione della scissione della minoranza rivoluzionaria dalle masse. Si delinea più chiaramente in tal modo la critica di Cuoco al razionalismo

---

<sup>17</sup> Per approfondimenti vedi F. Vander, *De Philosophia italica, Modernità e politica in Vico e Cuoco*, Pensa Multimedia, Roma, 2010.

illuminista e alla prospettiva del giacobinismo radicale di Vincenzo Russo, che viene sviluppata alla luce di un progetto di “democratizzazione universale”.

Del resto tale posizione è espressa compiutamente con il *Platone in Italia*, in cui una riflessione complessiva sulla “rifondazione della politica” porterà Cuoco a far coincidere pienamente la classe politica con la borghesia, segnando in questo modo un allontanamento chiaro da esiti popolari o populistici. Nel romanzo, dietro le allegorie e i simboli, Cuoco esalta il ruolo delle elites che “*conoscono le vere cagioni dell’universo; ad esse spetta stabilire le leggi della città, trasferendo con una serie di sapienti aggiustamenti l’armonia delle leggi cosmiche nella realtà umana e storica. Nel basso è il “popolo” che “i saggi” non devono mettere a parte di tutta la loro dottrina: per il popolo conoscere le ragioni ultime è inutile perché non potrebbe farne quell’uso che ne fanno i savi, è però necessario che ne conosca una in cui la sua mente si acquieti*” (*Platone*, II, p. 104). Emerge, come negli scritti del '99, la teoria dei “due popoli” e si ripropone il problema del rapporto tra *élites* e masse. Anche nel *Platone* tale questione trova soluzione sul piano pedagogico, ma viene meno quanto vi era di felicemente indeterminato negli accenni alla mediazione pedagogica che si leggono nel *Saggio*. Egli formula una vera e propria teoria dell’istruzione, nella quale però il popolo da soggetto storico, quale lo aveva proclamato nel *Saggio*, viene “ridotto” ad oggetto pedagogico, come lo rivela il *Platone*. L’istruzione non assume per i moderati “pitagorici” del *Platone* il significato di una esperienza liberatrice poiché si configura come un processo di graduale elevazione ma anche di sostanziale integrazione delle plebi entro l’ordine civile progettato dai saggi. Lo sviluppo delle energie popolari è affidato alle cure di una minoranza virtuosa, interprete dei potenziali valori che pur fermentano e si muovono negli strati profondi della società. Il processo tende nella sua prospettiva ultima, ma indefinitamente lontana, all’innalzamento delle plebi al piano delle *élites*, ma è diretto e dosato dall’alto: la prospettiva gradualistica, più che da

un calcolo machiavellico, nasce dall'idea della continuità, sentita dal Cuoco come momento imprescindibile dei processi di trasformazione. Attraverso questa difficile opera le classi dirigenti potranno consolidare le basi dello Stato e integrarvi i ceti inferiori e nell'immediato garantire l'obbedienza alle leggi grazie alla pratica della virtù: *“virtù è agire come i padri e gli antenati, virtù è seguire il costume tradizionale. Virtù è soprattutto amor del lavoro, agricoltura: “agricoltura e virtù non bastano esse sole a render felice un popolo?”*. I capitoli del secondo libro dedicati al Sannio, selvatica patria della virtù, presentano una comunità di piccoli proprietari e di coltivatori diretti che hanno trovato la “felicità” nel lavoro dei campi, nella frugalità, nella severa disciplina militare. Il Cuoco costruisce in questo modo un modello che nei decenni successivi la classe dirigente utilizzerà con la letteratura rusticale destinata ai ceti agricoli, mentre le catoniane virtù dei Sanniti prefigurano l'immagine dell'italiano nuovo che sarà alla base dell'ideologia nazionalpatriottica del Risorgimento.

Per quanto concerne l'ambito della religione egli aveva compreso con straordinario acume la rilevanza dei fattori religiosi nella costruzione del legame sociale-politico e giuridico. La religione occupa un posto importante nella formazione dei popoli: essa rappresenta un valido strumento per l'educazione civile, educazione che deve avere carattere religioso. Nel fondamentale capitolo XXV del Saggio, là dove si occupa della religione, egli osserva: *“oggi le idee de' popoli di Europa sono giunte a tale stato che non è possibile quasi una rivoluzione politica senza che strascini seco un'altra rivoluzione religiosa, doveché prima la rivoluzione religiosa produceva la politica (Saggio storico, capitolo XXV, pp. 380)*. Un'affermazione che anticipa Hegel nel chiarire che la religione cristiana si sa adeguare e conviene più delle altre alla democrazia, e più in generale alla sfera politica. Da dove deriva la forza politica del Cristianesimo? Dal fatto che tra tutte le grandi religioni solo quella cristiana sa stimolare la libertà dell'individuo, la sua consapevolezza, il senso di giustizia e il

senso di appartenenza ad una comunità. L'europa moderna che Cuoco vedeva sorgere si fondava sul Cristianesimo e sull'importanza della pace religiosa, della diffusione nelle società di un equilibrio sociale basato sulla consapevole aderenza ai dettami teologici del Cristianesimo. Ammettendo l'esistenza di Dio bisogna considerare la morale come il nesso profondo che intercorre con la pratica religiosa; pur non condannando coloro che ritengono possibile la distinzione della morale dalla religione, il Cuoco è convinto che il popolo non può fare a meno della realtà religiosa, poiché è una dimensione intrinseca dello spirito dell'uomo. Per dare ragione della sua posizione, consolidando la sua battaglia contro ogni astrattismo. Egli non adduce motivazioni di natura ideologica. Non giudica possibile una morale fuori della religione: l'uomo di cultura trasforma in concetti ciò che per il popolo è percezione e creatività, ma di fronte al mistero si ferma. Se si elimina la religione, che è alla base di ogni diritto dell'uomo, dell'educazione e della morale, il popolo non si sente più giustificato a compiere l'atto di ubbidienza verso l'autorità e non coglie alcuna appartenenza identitaria. Per poter parlare al popolo, lo Stato deve rivolgergli nelle forme che sono a lui familiari e per ottenere ciò che desidera, pertanto, lo Stato dovrà ricorrere alla religione e al suo linguaggio. Ma obiettivo del Cuoco, a differenza del Machiavelli, non è quello di ridurre la religione a instrumentum regni: se lo Stato si dimostra neutrale in materia di fede, rimane senza una base e non è in grado di accostarsi al popolo che prende coscienza della morale proprio a partire dalla religione che ne rappresenta il fondamento. Tra Stato e religione, avverte il Cuoco, c'è sicuramente una precisa delimitazione di finalità, poiché il primo si pone un fine politico, mentre il secondo parte da questo per astrarsi, operando unicamente all'interno dell'uomo: mentre sul piano politico non c'è occasione di conflitto, sul terreno spirituale abbiamo identità d'oggetto, vale a dire il potenziamento del popolo nella sua parte interiore e la reciproca cooperazione. Il rischio di una conflittualità si rende presente quando, secondo il Cuoco, accordiamo caratteri di

assolutezza e di eticità non alla religione, ma alla Chiesa come istituto universale, che talora potrebbe avanzare delle pretese che vanno aldilà del campo giurisdizionale ad essa afferente. Il documento di riferimento dal quale possiamo attingere chiaramente le informazioni che riguardano il pensiero cuochiano rispetto a tale questione è l'articolo pubblicato nel febbraio 1804 sul Giornale Italiano su Stato e Chiesa con riferimento al Concordato tra la santa Sede e la Francia: mentre da un lato, attraverso poche espressioni, egli elogia la religione cristiana, dall'altro afferma che il rispetto della religione dei propri padri è il primo dovere di chi ama la patria e l'amore per la religione produce, a sua volta, come primo dovere il rispetto del governo della patria. Per la vita civile, la pace religiosa costituisce un elemento indispensabile: lì dove sussistono scontri per questioni chiesastiche, la nazione vive una situazione più difficile rispetto a quella nazione dove si manifestano delle fazioni, poiché nel primo caso esse traggono origine da bisogni di natura spirituale, nel secondo caso da esigenze di ordine materiale. In Francia, come rileva il Cuoco, con la decadenza della religione, lo Stato ha subito diversi danni nella sua autorità; perché il rapporto tra Stato e Chiesa diventi ottimo è necessario che la Chiesa rinunci ad ogni pretesa di potere di natura temporale e che lo Stato riconosca il valore della religione, dandole i mezzi necessari per realizzare i compiti a lei affidati. Mentre le motivazioni che hanno dato vita al dominio temporale della religione sono profonde ma di ordine storico, le ragioni della sua grandezza spirituale sono di ordine eterno, perché scritte nella coscienza dell'uomo e sono insopprimibili. Nelle conclusioni dell'articolo emerge che la religione va considerata non soltanto nel suo valore eterno per la vita dello spirito, ma anche come manifestazione della vita civile e politica, in quanto, secondo il Cuoco, la religione non è mai in contraddizione con i veri bisogni dell'uomo ed i valori del Cristianesimo sono esattamente quelli che rispondono alle autentiche necessità del popolo: i principi di libertà, di pace e di giustizia che esso propugna, sono alla base dello Stato moderno,

ed è per queste motivazioni che il cristianesimo rappresenta, secondo il Cuoco, la religione che più di tutte si adatta ad una forma di governo moderato e liberale. Nel giurisdizionalismo confessionale del 1700, anteriore alla Rivoluzione dell'89, troviamo principi fondati su convinzioni di natura religiosa, che producono nel campo morale un predominio della Chiesa sullo Stato; il giurisdizionalismo napoleonico, seguito dal Cuoco, al contrario, ha cause d'ordine più politico che religioso e s'ispira all'esame delle condizioni storiche. Critico avversario di ogni estremismo politico, sia di quello giacobino che conduce al Terrore sia di quello sanfedista che nel Regno di Napoli travolge le speranze e le vite dei repubblicani, il Cuoco si differenzia dagli altri pensatori politici del suo tempo, per i quali il confessionismo ha delle basi di natura effimera, per il fatto che egli nella religione scorge una parte non sopprimibile della vita spirituale.

Sempre a proposito della sfera religiosa, degne di nota secondo il filosofo sono anche le riflessioni che Lutero propose circa il rapporto tra religione e libertà di pensiero in vista di società più consapevoli e tolleranti. Non molto diversamente da quanto proposto dal monaco agostiniano, alla religione Cuoco accosta, antepone quasi, una specie di "educazione del cuore", ovvero l'insegnamento della morale e delle virtù pubbliche senza le quali la religione si trasforma in "apparenza e superstizione". Importante affinché ciò avvenga è che religione e morale siano indipendenti e "dimostrabili" ciascuna per se stesse. Questa singolare opinione chiarisce, tuttavia, il senso del discorso cuochiano che, evidentemente, guardava alla religione nella sua dimensione etica e nella sua ineliminabile funzione sociale. In ogni caso per edificare su solidi basi la Politica egli raccomanda che lo Stato deve avere due fondamenti: l'istruzione da un lato e la religione dall'altro; lo Stato non può essere agnostico, poiché la religione è una componente basilare della sua stessa essenza. Anche se si dichiarasse tale, nel momento in cui opera nell'ambito delle singole coscienze, deve di fatto riconoscere l'importanza dell'attività religiosa; l'unico limite alle funzioni dello Stato è

dato dalla capacità della volontà generale di interpretare le volontà particolari anche per mezzo della scintilla religiosa insita nell'animo di ogni essere umano.

#### ***4. Storia, diritto, istituzioni***

Per Cuoco la storia che aiuta a discernere il tutto non è la storia “de’ geni, de’ spiriti”, affidata “all’astratta e sottile metafisica” e neppure la “storia filosofica”, che fa capolino nella “storia della civiltà”, assai spesso incapace di cogliere le distinzioni e cioè di comprendere la molteplicità della realtà. Seguendo gli insegnamenti di Giambattista Vico, per il Cuoco occorre interrogare la storia per trovare “le origini dei popoli”, come Vico aveva fatto con la storia di Roma, utilizzata quale “esempio sperimentale di quella storia eterna del genere umano che egli ha osato disegnare”. Ma c’è di più. Il vero scopo di chi indaga le origini dei popoli è conoscerne «lo sviluppo vero», senza corrompere “la serie e la successione delle cose”, ossia dedicarsi alla conoscenza dell’effettività delle cose quali sono realmente accadute. La vera Storia civile per Cuoco è quella che sa riconoscere le leggi di vita delle nazioni. Per “leggi” il Cuoco intende l’intersecarsi di eventi, tradizioni, usi, costumi dei popoli, l’istruzione ma anche gli aspetti economici, le dinamiche dei prezzi, della produzione agricola o manifatturiera che mai possono scindersi dalla politica in senso generale. Egli si spese molto affinché le elites intellettuali comprendessero tale inscindibile relazione affinché non si verificasse più, come nella Rivoluzione del 99, quella separazione irricucibile tra classi dirigenti e popolo.

La sintesi che Cuoco ricerca sembra possibile nell’universo giuridico. Religione, economia, tradizioni, politica trovano la loro concreta esegesi nelle istituzioni civili il cui fine deve essere “la

massima concordia tra le parti e la massima energia del tutto”<sup>18</sup>. Bisogna costruire “uno Stato costituzionale per il cui realizzarsi la rivoluzione non è stata inutile, perché, per suo mezzo, si è ottenuta una forma di governo costituzionale, e, quand’anche si volesse credere che questa non sia ancora perfetta, si è sempre ottenuto molto avendone una”<sup>19</sup>. Si tratta di realizzare un apparato statale che sappia utilizzare la rivoluzione e fermarla al momento opportuno perché non degeneri, a danno delle “utili riforme”. È questo il programma di Cuoco per concretizzare un processo che vede molto indietro i popoli italici, soprattutto se paragonati agli Stati d’Europa che sono cresciuti militarmente ed economicamente anche grazie a carte costituzionali. Nel proclama del marzo 1799, redatto certamente anche per mano sua, l’appello a sostenere la Repubblica era affidato alla “pace nelle famiglie, all’integrità ne’ magistrati, la moralità e l’osservanza delle leggi in tutti i cittadini, l’amicizia, la fratellanza, la vera democrazia”. Ma non di meno vi si legge l’alto richiamo ai costumi, alle tradizioni. La sua riflessione non trascura infatti il problema dell’identità, dei “caratteri” dei popoli, che nulla esprime più e meglio della conoscenza dei loro “costumi”. E su ciò il Saggio storico fornisce una vera e propria fenomenologia. Una sensibilità particolare che egli riserva anche al tema dell’autorità dello Stato e della sua giustificazione. Riprendendo i temi del dibattito di fine Settecento sul dispotismo, a cui la massoneria contribuì ad assicurare larghissima circolazione, li traduce nella distinzione e nel rapporto tra “leggi civili” e “leggi politiche”. L’autorità dello Stato sta nell’equilibrio fra queste due leggi, le prime fondamento, base e criterio della costituzione (ossia dell’ordinamento giuridico), le seconde garanti della specificità di ciascuno Stato collegato all’ethos e all’ethnos di ciascun popolo: ambiti da organizzare e governare, da cui la necessità che le costituzioni siano come le vesti e le scarpe che devono tener conto del corpo

---

<sup>18</sup> Vincenzo Cuoco, *Pagine giornalistiche*, a cura di F. Tessitore, Laterza, Bari 2011, p. 156.

<sup>19</sup> *Pagine giornalistiche*, op cit., pp. 262 e 259.

da rivestire, ossia i costumi e i caratteri dei popoli. Ispirandosi certamente a Rousseau Cuoco rileva che la “la legge è la volontà generale”, inserendo un elemento di novità quando, a proposito della “volontà particolare”, attribuisce un compito di mediazione alla legge che ciascuna nazione ha per propria. Il suo senso della storia prevede inevitabilmente dei momenti “particolari”, quelli inerenti al carattere dei popoli che devono essere necessariamente tenuti in conto nella formulazione legislativa e costituzionale. Si tratta qui della questione della giustificazione della politica, intesa non più come ricerca della forma migliore di governo, ma quale regolatrice dell’azione dell’uomo, dei suoi bisogni e delle forze (istituzioni) necessarie a soddisfarli. Pensiero spiegato da frasi quali “la buona costituzione non è quella che solo porta al governo gli ottimi», perché «la nazione sarà felice, qualunque sia la forma del suo governo quando lo Stato saprà conseguire la felicità del maggior numero”. Le istituzioni, non diversamente dalla politica, sono campo d’azione per l’integrazione di morale, religione e benessere; in tal senso la filosofia politica del Cuoco, fonte del suo pensiero giuridico, va in direzione opposta rispetto a quella del dispotismo illuminato o rivoluzionario che sia, e che ha travolto l’individuo come uomo e come singolo. Per Cuoco la diade virtù-felicità deve tradursi nella diade virtù-utilità che equivale alla trasformazione della felicità in pubblica e privata moralità, ovvero ciò che Cuoco chiama «leggi politiche» e «leggi civili», fondamenti della costituzione e garanzia dell’uomo come libero cittadino nella concretezza del suo essere parte di un ambiente peculiare.

All’elogio della virtù, Cuoco associa quello della proprietà privata (nel Platone avevamo letto l’elogio dell’agricoltura come base della società), in quanto principio irrinunciabile di uno Stato moderno ordinato e tranquillo, capace di evolvere con giuste riforme senza cedere agli estremismi dei radicalismi. La proprietà è la base di tutte le costituzioni che, consolidatasi nelle forme di uno Stato costituzionale, deve aprire la strada a una società fondata sul lavoro, che a sua volta produce e legittima la proprietà

privata. Un obiettivo da raggiungere scongiurando il pericolo, divenuto quasi un'ossessione dopo il fallimento della Repubblica, che la rivoluzione affoghi le sue autentiche possibilità nella ricerca chimerica dell' "eguaglianza dei beni", principio irreal e massimamente dannoso politicamente. Una preoccupazione che accompagnerà larga parte del pensiero risorgimentale secondo cui l'eccesso rivoluzionario, nelle condizioni italiane, porta alla reazione e non alla democrazia. Il progetto che infatti vide Cuoco protagonista del governo murattiano nelle scelte per l'organizzazione costituzionale del Regno sono le cosiddette utili riforme: la riforma dell'istruzione, l'autonomizzazione della funzione amministrativa, la riforma del sistema fiscale, l'attenuazione del sistema feudale, l'organizzazione della giustizia, la costituzione delle istituzioni per l'educazione delle donne. Una serie di provvedimenti volti cioè a rafforzare il senso comune e lo spirito pubblico in vista della costruzione della società civile. È in questa prospettiva di modernizzazione che comprendiamo la meglio l'entusiastica adesione del Cuoco al tentativo di Murat di dare vita ad una nuova forma statale, vissuto con sinceri appelli all'amor della patria e all' "orgoglio nazionale".

### ***5. Il diritto: sintesi tra le classi sociali e l'amor di patria***

Fra i temi principali del Saggio, opera di complessa ricchezza tematica, vi sono quelli che ruotano attorno alla ricerca del ruolo che il popolo deve ricoprire nella vita delle comunità politiche e quale fondamento costituzionale fornire ad uno Stato finalmente moderno. La sua idea cardine parte dal presupposto che l'ordine costituzionale non debba essere imposto dall'alto, poiché in questo caso pochi sarebbero in grado di prendere parte alle dinamiche politiche col risultato di deviare le azioni di governo verso pericolose oligarchie. Ecco perché, in taluni frangenti storici egli preferisce una monarchia costituzionale e temperata, solo quadro di riferimento per una progressiva maturazione della

società, ad una repubblica oligarchica, privata e distante del consenso e del concorso popolare.

Nel Saggio e nei Frammenti sulla Costituzione il Cuoco si ricollega alla riflessione che il costituzionalista Francesco Mario Pagano aveva già indicato come determinante per la configurazione dell'ordinamento giuridico dello Stato: l'idea di "popolo", cardine della Rivoluzione e di molti degli articoli della Costituzione. Quando diciamo popolo, aveva scritto Pagano nel "Proemio" alla Carta per indicare l'ambito proprio e i limiti del suo discorso, si intende: "parlare di quel popolo, che sia rischiarato ne' suoi veri interessi, e non già d'una plebe assopita nella ignoranza e degradata nella schiavitù, non già della cancrenosa parte aristocratica. L'uno e l'altro estremo sono de' morbosi tumori del corpo sociale, che ne corrompono la sanità. È increbbevole al certo, che non abbiamo nelle moderne lingue voce per esprimere la nozione che vogliamo designare"<sup>20</sup>. Pur apprezzando lo sforzo del Pagano di cogliere le complesse trasformazioni in atto, Cuoco comprese che la stratificazione sociale del Regno di Napoli bisognasse di maggiore precisione descrittiva dal punto di vista sociologico ma soprattutto di una migliore e più adeguata definizione giuridica. Nasceva da qui la teoria dei "due popoli" che rappresenta la più penetrante interpretazione delle condizioni del vecchio Regno e delle ragioni del disastroso fallimento della rivoluzione a Napoli ma, altresì, la chiave storiografica per capire il dualismo dell'intera storia d'Italia, che anche il Cuoco, dopo il 1799, non mancò di affrontare. I rivoluzionari del 1799 furono colpevoli non solo dal punto di vista politico e sociale ma soprattutto giuridico in quanto non seppero, o vollero, tradurre nelle istituzioni l'effettività della realtà del Regno e dell'Italia meridionale. Si trattava, infatti, di suturare i due popoli nell'armonia di un'organizzazione giuridico-costituzionale, che riguardasse, dice Cuoco con spietato realismo,

---

<sup>20</sup> *La Costituzione della Repubblica napoletana del 1799*, a cura di A. Fratta, Fridericiana Editrice Università, Napoli, 1997, pag 13.

“gli oziosi lazzaroni di Napoli, i feroci Calabresi, i leggieri Leccesi, gli spurei Sanniti, insieme con i raffinati rappresentanti dell’aristocrazia di nascita e di cultura”<sup>21</sup>. Inoltre i rivoluzionari non seppero cogliere la decisiva importanza che religione e proprietà privata avrebbero potuto ricoprire nel nuovo quadro costituzionale della Repubblica; preferirono, accecati da una sorta di furore ideologico, abbattere quelle istituzioni che per secoli avevano rappresentato lo scheletro delle società meridionali e per questo il popolo non li comprese e vennero travolti dall’onda reazionaria. Anche per queste ragioni la Costituzione del 1799 a giudizio del Cuoco rappresentò un momento non risolutivo: mancò l’intelligenza di convogliare le legittime aspirazioni dei popoli alla libertà e alla giustizia in un quadro legislativo-costituzionale comprensivo dei fenomeni sociali.

## ***6. Vincenzo Cuoco e il diritto come comparazione giuridica.***

Giunti sin qui nel discernimento delle complesse trame che si diramano dal pensiero di Vincenzo Cuoco mi preme indicare l’assoluto valore che esse rappresentano per lo studioso. La passione culturale del Cuoco, la sua tensione intellettuale sembra sfociare in un orizzonte ricco di riferimenti che spaziano dalla sociologia alla politica, dalla religione alla pedagogia e tutti appaiono altresì confluire verso l’ambito giuridico-costituzionale. In un momento di transizione e di crisi come l’attuale dunque il suo contributo ci viene in soccorso, offrendoci ispirazione. Ci conforta nei valori fondamentali della nostra civiltà e stimola quella passione civile indispensabile per comprendere la realtà e affinare gli strumenti, anche legislativi, per rendere migliore il nostro tempo.

In tal senso *Il frammento del Programma di un Corso di Legislazione comparata* scritto dal Cuoco, presumibilmente nel

---

<sup>21</sup> *Saggio storico sulla Rivoluzione di Napoli*, a cura di A. De Francesco, Laterza, Bari 1998, pag. 518.

1805 durante il suo esilio milanese contribuisce a delineare nuovi modelli istituzionali, indispensabili per la convivenza civile, per l'analisi della complessa eterogeneità di culture e popoli e per il progresso dell'Umanità. Il testo, pur rimanendo incompiuto, rappresenta una significativa analisi del moderno metodo e delle finalità della comparazione giuridica. Esso è, a mio avviso, un testo ancora poco valorizzato<sup>22</sup>. Si tratta di un documento di grande importanza non solo per la sua particolare valenza scientifica ma, anche e soprattutto, per la sua sorprendente attualità nell'ambito della comparazione giuridica<sup>23</sup>. A Milano, lo studioso ha il tempo di meditare sul fallimento della rivoluzione napoletana del 1799<sup>24</sup>; non la condanna ma enuncia il principio della sua non esportabilità. Cuoco elabora il suo saggio intorno all'assunto che non sempre i modelli stranieri possono essere utilmente trapiantati; una rivoluzione prevede la condivisione di un interesse comune che, in un dato tempo e per un dato tempo, permette ai singoli di aspirare ad una meta comune, desiderata in quanto approdo di un interesse collettivo. Il modello rivoluzionario francese segnò il fallimento della rivolta napoletana del 1799, perché i patrioti partenopei seguirono, non le dinamiche del contesto sociale napoletano, ma un modello straniero avulso dalle tradizioni e dai bisogni dell'Italia meridionale, e per questo scrive: "Le vedute dei patrioti e quelle del popolo non erano le stesse, essi avevano diverse idee, diversi costumi e financo due

---

<sup>22</sup> V. Cuoco, *Scritti vari*, (a cura di) N. Cortese e F. Nicolini, Bari, 1924, vol. I, 323. Sull'attualità di Vincenzo Cuoco, vedi: F. Tessitore, *Da Cuoco a De Sanctis. Studi sulla filosofia napoletana del primo Ottocento*, Napoli, 1988, 213; F. Tessitore, *Cuoco lungo due secoli*, in Archivio di storia della cultura, anno XIII, 2000, 53.

<sup>23</sup> Sulle finalità e difficoltà della comparazione giuridica, vedi: G. Recchia, *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, Padova, 1996, XII; G. Lombardi, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato – problemi di metodo*, Milano, 1986.

<sup>24</sup> V. Cuoco, *Saggio storico sulla rivoluzione napoletana*, (a cura di) F. Nicolini, Bari 1913. Per un primo inquadramento, cfr. F. Asturi, *V. Cuoco e la rivoluzione napoletana*, in *Rivista Internazionale di filosofia del diritto* 1926, passim; M. Goretti, *L'educazione politica degli italiani*, Verona 1940, passim.

lingue diverse”<sup>25</sup>. Nelle riflessioni giuridico-comparativiste del Cuoco scorgiamo altresì le radici della cultura italiana ed europea, proprio mentre ci avviamo verso la costruzione di un nuovo *Ius Universale*, inteso come paradigma e modello di convivenza planetaria<sup>26</sup>. Egli nel suo *Programma di un Corso di Legislazione comparata* specifica che “chi sa una legge di un popolo non sa che

---

<sup>25</sup> V. Cuoco, *Saggio storico sulla rivoluzione di Napoli del 1799*, con nota introduttiva di N. Cortese, Napoli, 1998: il fallimento della rivoluzione napoletana del 1799 viene ribadito da queste parole: «Le idee della rivoluzione di Napoli avrebbero potuto essere popolari, ove si avesse voluto trarle dal fondo istesso della nazione. Tratte da una costituzione straniera, erano lontanissime dalla nostra; fondate sopra massime troppo astratte, erano lontanissime da' sensi, e, quel ch'è più, si aggiungevano ad esse, come leggi, tutti gli usi, tutt'i capricci e talora tutt'i difetti di un altro popolo, lontanissimi dai nostri difetti, da' nostri capricci, dagli usi nostri... Se mai la repubblica si fosse fondata da noi medesimi, se la costituzione, diretta dalle idee eterne della giustizia, si fosse fondata sui bisogni e sugli usi del popolo; se un'autorità che il popolo credeva legittima e nazionale, invece di parlargli un astruso linguaggio che esso non intendeva, gli avesse procurato dei beni reali, e liberato lo avesse da que' mali che soffriva... forse... chi sa?... noi non piangeremmo ora sui miseri avanzi di una patria desolata e degna di una sorte migliore... La nostra rivoluzione, essendo una rivoluzione passiva, l'unico mezzo di condurla a buon fine era quello di guadagnare l'opinione del popolo. Ma le vedute de' patrioti e quelle del popolo non erano le stesse: essi avevano diverse idee, diversi costumi e finanche due lingue diverse».

<sup>26</sup> Cfr. V. Pepe, *Il diritto comparato come solidarietà. Vico e i vichiani*, in Archivio giuridico, 1988, 83, in questo saggio si mette in evidenza l'esistenza di uno stretto legame tra diritto comparato e la concezione universale del diritto. Cfr. inoltre, A. Mazzacane, *Alle origini della comparazione giuridica: i carteggi di C.J.A. Mittermaier*, in *La comparazione giuridica tra Ottocento e Novecento*, Milano, 2001, *passim*. Sul giusnaturalismo, vedi: G. Morbidelli, L. Pegoraro, M. Volpe, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, Bologna, 1995, 25, tra le principali scuole del pensiero giuridico il giusnaturalismo o del diritto naturale si fa risalire a Ugo Grozio a Leibniz, Loke, Rousseau. Questa corrente giuridica “elaborò una serie di regole costanti e intangibili, attinenti alla sfera della eguaglianza e delle libertà (di fede, di coscienza, di proprietà, della persona, di sicurezza, di resistenza all'oppressione) e ai risvolti in sede politica di tali libertà: il contratto sociale, la rappresentanza popolare, il primato della legge, la separazione dei poteri”. Cfr. A. Passerin d'entreves, *La dottrina del diritto naturale*, trad.it., Milano, 1962, 49, questo Autore sostiene che il diritto naturale ha assunto nei secoli diverse sembianze e la sua essenza va cercata nella funzione e non nella mera concezione dottrinarica. Per approfondimenti, vedi: N. Bobbio, *Il giusnaturalismo*, in L. Firpo, (a cura di), *Storia delle idee politiche economiche e sociali*, Torino, 1975, vol. IV, 502 ss.

un fatto; e la cognizione di un fatto è sempre inutile se non se ne ricerca la ragione, se non si classifica sotto una categoria generale, la quale lo renda paragonabile ad un altro fatto, e così possa servire per analogia a stabilire una massima generale, la quale ci possa essere utile per saper ciò che si deve fare. Io ripeto: lo studio della giurisprudenza delle altre nazioni deve servire a perfezionare ad a far amare la propria. Ed a far ciò la sola storia non basta: vi bisogna la filosofia delle leggi”.

L’analisi storica, sociale e culturale della norma giuridica risulta ancor di più indispensabile per il lavoro del giuspubblicista della comparazione perché, nell’analisi sia sincronica che diacronica<sup>27</sup>, la comparazione non può esaurirsi nella mera individuazione delle concordanze o discordanze ma la ricerca deve mirare a capire, soprattutto, le ragioni, le radici e la complessità culturale che le ha generate. Nella società contemporanea, uno dei compiti più importanti della comparazione giuridica è pertanto di individuare, utilizzando la metodologia classica del diritto comparato, le concordanze al fine di contribuire a determinare una sorta di globalizzazione nel riconoscimento e nel trattamento dei diritti universali.

---

<sup>27</sup> Sul rapporto tra analisi storica e comparazione giuridica, cfr. G. Bognetti, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Torino, 1994, 36, dove lo studioso analizza due moduli di trattazione del diritto: il lavoro del giurista pratico e quello del giurista storico. “Il giurista storico ha dinanzi a sé, nel grande universo dell’accaduto storico, brani di storia normativa (giuridica), distribuiti nello spazio e nel tempo (nel tempo lontano ma anche in quello vicinissimo, nell’attimo appena trascorso), che egli deve cercar di descrivere-narrare nella maniera più aderente all’effettivo andamento delle cose. (...) L’oggetto del lavoro del giurista pratico non preesiste invece alla sua attività: è il prodotto finale di una sua elaborazione-costruzione, condotta più o meno nel rispetto di certe condizioni e di certe regole”. La sua analisi del diritto costituzionale comparato presenta una interessante angolazione, segnata da una prospettiva storicistica, giacché riprende, in modo particolare, le idee di G.B. Vico e di B. Croce.

## ***7. La rilevanza del fattore ambientale nella comparazione giuridica***

Il diritto comparato poggia la sua analisi metodologica sulle diverse dinamiche giuridiche nello spazio e nel tempo e deve tener conto non solo della storicità locale e di quella universale ma anche dei relativi fattori ambientali. Le diversità culturali e giuridiche si spiegano prendendo in considerazione anche l'influsso dell'ambiente naturale come il fattore geografico, climatico, geomorfologico, antropologico e quello sociale, oltre che dei fattori religiosi, economici e politici<sup>28</sup>. Vincenzo Cuoco nel suo *Programma* afferma che nonostante gli “*accidentali cambiamenti*” dovuti anche alle diversità ambientali, è riconoscibile “l’orbita che la natura avea segnata a ciascuna società” e che “la ragione de’ cambiamenti, che gli uomini vi fanno, è nella stessa natura della mente comune de’ popoli. (...) la corruzione della morale non arriva mai al punto di distruggere i precetti della natura, i quali dipendono piuttosto da interno senso dell’animo che da artificioso raziocinio della ragione”. Il Cuoco aveva compreso che il fattore ambientale spesso determina diversità di stili di vita, culture e legislazioni, ma che tutti i popoli e gli esseri umani hanno comuni “*precetti della natura*”, che si riscattano con le diverse forme di tutela della vita umana, dal riconoscimento di alcuni diritti fondamentali alla necessità di una sempre più concreta solidarietà tra i popoli come ricerca della

---

<sup>28</sup> E. Amari, *Critica di una scienza delle legislazioni comparate*, con *Introduzione* di V. Frosini Palermo, 1969, 88, in questo contributo, V. Frosini, studioso del Cuoco e di G.B. Vico, sottolinea che il diritto comparato non può esaurirsi nell’analisi dei paragoni fra le leggi e nella ricerca delle omonimie. La comparazione esige la conoscenza delle cause e dei fattori delle varie legislazioni: essa consiste nel fare un paragone tra norme o leggi di ordinamenti diversi tenendo conto delle condizioni di fatto, come il clima, la religione, i costumi, l’economia pubblica, le statistiche comparate. Cfr. Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, trad. it., Milano, 1989, vol. I, 308.

tolleranza tra le diversità<sup>29</sup>. Il pensiero espresso nel *Saggio storico*, ne *Il Platone in Italia* trovano un definitivo completamente ermeneutico nel *Corso di Legislazione comparata* grazie a una metodologia di analisi scientifica basata non solo sull'utilità di conoscere le leggi degli altri popoli ma sulla necessità di individuare "lo spirito predominante di una Nazione: cosa che è più facile a conoscersi che a definirsi, e che è il risultato del clima, del suolo, della costituzione, dell'industria, della religione, de' costumi".

Egli nella sua metodologia della legislazione comparata si ispira fortemente alla filosofia di Giambattista Vico,<sup>30</sup> ricordando che ogni Nazione ha una mente comune, "un numero di idee comuni al maggior numero degli uomini che la compongono", una sua vita, un progresso naturale ed ogni cambiamento non si distacca mai dal 'senso comune'<sup>31</sup> e che vi è un ideale assoluto di ogni giurisprudenza "che i patti e gli editti de' re possono modificare ma non cangiare". La comparazione giuridica si basa perciò sulla scienza sociologica, antropologica e pedagogica perché "*conoscere le diverse leggi de' vari popoli è lo stesso che saperli paragonare*"; il primo livello "*è il paragonare delle leggi di un popolo colla giurisprudenza ideale; il secondo è il paragonare delle leggi di un popolo colle leggi di un altro popolo. E' nella*

---

<sup>29</sup> Sul rapporto tra ambiente e stile di vita di una comunità, cfr. V. Pepe, *Lo sviluppo sostenibile, Tra governo dell'economia e profili costituzionali*, Piacenza, 2002, 286, ivi si sostiene che la pace, lo sviluppo e la protezione dell'ambiente sono interdipendenti e indivisibili. La sostenibilità ambientale deve essere interpretata come una cultura diffusa o stile di vita dei popoli, al pari degli altri principi come la democrazia e la libertà.

<sup>30</sup> Durante il suo soggiorno a Milano il Cuoco contribuisce, con altri esuli napoletani, a diffondere tra i letterati lombardi le esperienze del sud, ed in particolare il pensiero di Vico; al 1801 si data una ristampa della *Scienza Nuova* proprio a Milano.

<sup>31</sup> Sul concetto di 'senso comune', cfr. D. Pasini, *Diritto società e Stato in Vico*, Napoli, 1980, 35. E' il *prudor* che dà il *sensus communis*, cioè quel giudizio senza alcuna riflessione, comunemente sentito da tutto un ordine, da tutta Nazione e da tutto il genere umano. F. Tessitore, Cuoco e Galanti, in *Contributi alla storia e alla teoria dello storicismo*, vol. I, Roma, 1995, 303.

*natura della nostra mente che due cose non si possono paragonare tra loro se non si paragonino similmente ad una terza che serva di misura comune*". Il metodo della legislazione comparata basato sulle differenze deve non solo far conoscere le cause e gli effetti delle diversità ma deve tentare di capirne le ragioni per individuare *le precetti della natura che dipendono da interno senso dell'animo*", ovvero, il senso comune tra le diverse legislazioni onde arrivare alla solidarietà tra i popoli e le Nazioni: obiettivo che rappresenta la più alta finalità della comparazione giuridica<sup>32</sup>.

#### **8. Vincenzo Cuoco, Giambattista Vico, Emerico Amari. Le radici del costituzionalismo italiano**

L'attuale crisi dell'ordinamento politico-costituzione italiano e la pausa di riflessione che ha investito l'accelerazione del processo di integrazione europea impone ai giuspubblici una riflessione accurata sulle dinamiche generali degli ordinamenti democratici e sulle difficoltà dei trapianti giuridici, recuperando le fondamenta della tradizione, ovvero, le radici del costituzionalismo italiano ed europeo. La prima cattedra di Diritto costituzionale fu istituita presso l'Università di Ferrara con Decreto del 31 marzo 1797 con l'intento di riflettere sul "vero spirito della Costituzione conformemente ai principi di una filosofica giurisprudenza"<sup>33</sup>. L'insegnamento di Diritto costituzionale cispadano e giuspubblico universale fu conferito a Giuseppe Compagnoni che nella sua

---

<sup>32</sup> Cfr. V. Pepe, *Il diritto comparato come solidarietà: G.B. Vico e i vichiani*, in *Archivio giuridico*, 1998, 83; V. Ferrone, *La società giusta ed equa, Republicanesimo e diritti dell'uomo in Gaetano Filangieri*, Bari, 2005, 275.

<sup>33</sup> Cfr. A. Morelli, *La prima cattedra di diritto costituzionale*, in *Archivio giuridico*, 1898, 60; ivi ampia analisi sull'utilità dell'insegnamento del diritto costituzionale oltre ad una articolata bibliografia dell'epoca; G. Lucatello, *L'insegnamento di Giuseppe Compagnoni dalla prima cattedra di Diritto costituzionale*, in *Annali Ferrara*, 1953-55, 194.

opera fondamentale *Elementi di diritto costituzionale democratico ossia principi di giuspubblico universale*, sottolinea la necessità dell'esplicazione della norma costituzionale e il suo valore pedagogico, definendo la Costituzione come “*quel certo e stabile modo con cui un popolo esiste e si regge*”<sup>34</sup>.

Nel clima dei movimenti giacobini e delle discussioni sui diversi modelli di Costituzione si collocano anche le lettere che Vincenzo Cuoco scrive a Vincenzo Russo, per mezzo le quali delinea le sue idee sul progetto di Costituzione della Repubblica napoletana del 1799. In queste lettere il Cuoco contesta le impostazioni astratte del costituzionalismo rivoluzionario ed afferma che esiste un legame indissolubile tra Costituzione e società civile, e che ogni Costituzione si deve fondare sulle “*idee, pregiudizi, costumi, bisogni di un popolo*”<sup>35</sup>. Egli, polemizzando con Mario Pagano, scrive ancora a Vincenzo Russo: “Le costituzioni sono come le vesti: è necessario che ogni individuo, che ogni età di ciascun individuo abbia la sua, la quale se tu vorrai dare ad altri , starà male (...) se tu vorrai fare una sola veste per tutti gli uomini troverai sempre che il maggior numero è più alto , più basso, più secco, più grasso (...) Quando una costituzione non riesce, io do torto al legislatore, come appunto, quando non calza bene una scarpa, do il torto al calzolaio”. Tutti i teorici dei movimenti giacobini italiani ritengono che lo studio del diritto pubblico ed in particolare l'analisi delle norme costituzionali debbono rappresentare il fulcro centrale della scienza giuridica, perché in queste norme sono contenuti i valori e lo spirito di un popolo. In tal senso Giovanni Maria Lampredi<sup>36</sup> (1732-1793), docente di

---

<sup>34</sup> G. Compagnoni, *Elementi di diritto costituzionale democratico ossia principi di giuspubblico universale*, Venezia, 1797, 13.

<sup>35</sup> V. Cuoco, *Frammenti di lettere a Vincenzo Russo*, in L'appendice all'edizione del Saggio storico sulla rivoluzione napoletana (a cura di N. Cortese), Firenze, 1926, 357.

<sup>36</sup> G. M. Lampredi, *Juris publici universalis, sive juris naturae et gentium, theoremata*, Livorno, 1776-78, 3 voll., questa importante opera del Lampredi è stata tradotta e abbreviata dal Sacchi, *Diritto pubblico universale*, Milano, 1828, 674. Ivi si trovano importanti teorie di diritto costituzionale ed internazionale ispirate ai

Diritto pubblico nell'Università di Pisa, nelle sue opere afferma che è giunta l'ora di rompere la tradizionale egemonia del Diritto privato per affermare la centralità del Diritto costituzionale e del Diritto pubblico. Con il diffondersi del pensiero giacobino e l'adozione di diversi Statuti costituzionali, furono istituite cattedre di Diritto costituzionale a Pavia, Bologna, Padova, Genova, ed ovunque si diffonde l'attività di 'circoli costituzionali' a cui è affidato il compito di promuovere nelle Università 'la lettura e l'intelligenza della Costituzione'<sup>37</sup>.

Nell'interpretazione della Carta Costituzionale si ritiene fondamentale ispirarsi ai valori della tradizione del Diritto pubblico universale rifacendosi, in modo particolare, alle opere di Ugo Grozio, Giambattista Vico, Montesquieu<sup>38</sup> e, per taluni aspetti, di Vincenzo Cuoco, in modo particolare sulla necessità di una adeguata educazione e formazione alle "italiche virtù".

Nel 1845 anche il Romagnosi afferma la necessità di studiare la Carta Costituzionale con una metodologia ispirata ai criteri delle scienze umane, basandosi sulla storia naturale della società onde definire "i vari profili secondo cui dovrebbero atteggiarsi la Costituzione di una monarchia nazionale rappresentativa per essere efficiente e per realizzare quello che è l'intento proprio ed immediato di ogni Costituzione... la tutela dal dispotismo" <sup>39</sup>.

---

principi di Grozio, Vico e Montesquieu, in particolare la difesa dei diritti degli Stati neutrali nei confronti delle arbitrarie pretese dei belligeranti.

<sup>37</sup> A. Giannini, *Gli studi di diritto costituzionale in Italia (1848-1948)*, in Rassegna di diritto pubblico 1949, I, 79.

<sup>38</sup> Sui rapporti tra Vico e Montesquieu, cfr. L.J. Costantinesco, *Introduzione al diritto comparato*, edizione italiana, (a cura di) A. Procida Mirabelli di Lauro, e R. Favale, Torino, 1996, 59. Dalle sue note di viaggio risulta che a Napoli Montesquieu voleva acquistare i "Principi di una Scienza Nuova" di Vico.; da qui è partita la famosa controversia sull'influenza che Vico ha avuto su Montesquieu.

<sup>39</sup> G. Romagnosi, *Diritto naturale politico*, Milano, 1845, 127; Idem, *Introduzione allo studio del diritto pubblico universale*, Milano, 1805, 39. Il rispetto ragionevole del passato ed il continuo diritto alle riforme rappresenta uno dei momenti essenziali del pensiero costituzionale del Romagnoli. Nel pensiero del Romagnoli è presente anche una sorta di superamento del vichismo con l'affermazione del 'diritto della posterità'.

Tutte le Cattedre di Diritto costituzionale furono influenzate, in modo particolare, dalla filosofia vichiana e dalla filosofia giusnaturalista. Giambattista Vico afferma che vi sono delle idee, principi che sono a fondamento della legge particolare, in tal senso fa riferimento al principio di eguaglianza dell'applicazione della legge e a diritti universali che debbono essere considerati connaturati alla persona umana. La filosofia del Vico ebbe grande fortuna non solo tra i primi teorici delle Costituzioni e del diritto pubblico universale ma il suo metodo ebbe immediata applicazione nell'analisi comparativa e fu da insegnamento a Mario Pagano, uno dei primi discepoli della filosofia vichiana e a Vincenzo Cuoco. Emerico Amari, raffinato costituzionalista, nella sua opera *Critica di una scienza della legislazione comparata* afferma che Mario Pagano, autore della Costituzione napoletana del 1799, e Vincenzo Cuoco rappresentano, dopo Giambattista Vico, "uno spontaneo sviluppo uniforme dei corsi e ricorsi"<sup>40</sup>. I percorsi della storia dell'Umanità, nella sua costante ciclicità, ci riportano alla necessità della comparazione giuridica che misura

---

<sup>40</sup> E. Amari, *Critica di una scienza delle legislazioni comparate*, con introduzione di V. Frosini, Palermo, 1969, vol. I, 21. dove si afferma che il Diritto comparato raccoglie, paragona metodicamente, le leggi dei popoli per ricavarne la dottrina giuridica della civiltà universale e provvedere, mediante studiati confronti, ai bisogni politici, economici e storici delle nazioni. Cfr. inoltre P. Piovani, *Emerico Amari, Vico e Cuoco*, in *Giornale critico della Filosofia Italiana*, III, 1970, 460; M. Rotondi, 'Emerico Amari', in *Studi di diritto comparato e teoria generale*, Padova, 1972, 603; G. Bentivegna, *Filosofia civile e diritto comparato in Emerico Amari*, Napoli, 1997, 430. Questo Autore analizza l'opera di Emerico Amari e la fondazione del diritto comparato in una prospettiva storicistica. Lo studio del paragone delle leggi, malgrado sia stato ritenuto necessario, è stato considerato sempre come una disciplina accessoria di altre scienze. Lo stesso Senofonte – fondatore per Amari della *nomotesia sperimentale* – non ha mostrato l'idea definita e premeditata di una scienza indipendente. Solo Aristotele avrebbe potuto sollevare il Diritto comparato al grado di scienza. Infatti, stabilendo che la bontà delle leggi dipende dai rapporti che esse hanno con i costumi, con le condizioni dei popoli e con la natura dei governi, lo studio delle leggi doveva diventare indipendente per dedicarsi alla ricerca delle cause della loro esistenza, della loro durata, prosperità, decadenza e fine. Ciò non poteva ottenersi se non attraverso una nuova disciplina delle cause della vita e fortuna delle leggi, che Amari chiama 'biologia delle leggi'.

nelle leggi delle Nazioni i corsi e i ricorsi, ovvero, i progressi dei popoli verso il diritto alla libertà, all'uguaglianza e alla giustizia<sup>41</sup>. Giambattista Vico afferma che "i popoli possono ignorare che ci sono altri popoli sulla terra, ma non perciò esistono soli. La loro ignoranza produrrà grande differenza di progressi; ma il giorno che si conosceranno troveranno somma parità di diritto e di leggi e che poscia all'occasione di guerre, alleanze e commerci si riconoscano comuni a tutto il genere umano". L'anelito verso questo principio universale è presente in Vincenzo Cuoco che nel *Programma di un Corso di Legislazione comparata* definisce Giambattista Vico "il vero fondatore della scienza della legislazione comparata" che con le sue due opere *De universi iuris principio et fine uno* e *Scienza Nuova. Intorno alla comune natura delle Nazioni* ha fondato le basi della moderna scienza della legislazione individuando, nella comparazione giuridica, la scienza per rintracciare le regole per il governo mondiale delle Nazioni.

E' proprio nel futuro della globalizzazione dei mercati e dei diritti umani, nell'integrazione tra le Nazioni europee, che il compito dei giuristi, dello studioso del diritto comparato, permane immutato anche in questi nuovi e difficili contesti. La legislazione comparata rimane, secondo l'insegnamento di Vincenzo Cuoco, misura di differenze e concordanze fra le diverse regole che disciplinano l'assetto istituzionale di ordinamenti diversi. L'idea vichiana ripresa dal Cuoco sulla necessità dell'apertura dell'ordinamento giuridico e dei giuristi, sia teorici che pratici, al dialogo tra culture e giurisprudenze rappresenta un valore di civiltà e di progresso per tutta l'Umanità<sup>42</sup>. Il lavoro del giurista è

---

<sup>41</sup> Cfr. V. Pepe, *Motivi vichiani in Carl Schmitt*, Salerno, 2000, 35.

<sup>42</sup> Cfr. G. Del Vecchio, *Le basi del diritto comparato e i principi generali del diritto*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del diritto*, XXXVII, 1960, 706. L'opera di Giorgio Del Vecchio è fortemente influenzata dal pensiero di Giambattista Vico, in modo particolare, sulla concezione dell'unità dello spirito e della natura umana, senza la quale è impensabile la scienza universale comparata, ovvero, la possibilità di trapiantare le norme giuridiche da un popolo ad un altro.

ancora arduo ed impegnativo, il superamento della *barbarie* giuridica per l'affermazione di una *regola universale* è ancora lungi dall'essere raggiunto, basti pensare alle difficoltà che incontra l'Organizzazione delle Nazioni Unite per il riconoscimento e la tutela dei diritti umani nel mondo. Vincenzo Cuoco nella sua bozza per un *Programma di un Corso di Legislazione comparata* ci ricorda che solo nei valori universali è possibile rintracciare il fondamento della convivenza civile e che i valori non sono “*artificioso raziocinio della ragione*” ma “*interno senso dell'animo*”.

### ***9. Vincenzo Cuoco e il futuro delle nostre istituzioni***

Al termine di questo approfondimento sulle vicende umane e intellettuali di Vincenzo Cuoco si pongono alcuni interrogativi a proposito del significato complessivo della sua esperienza di intellettuale in un periodo cruciale della nostra storia. Qual è il posto che Vincenzo Cuoco occupa nella cultura filosofica, politica e giuridica? Quali aspetti del suo pensiero sono stati analizzati con particolare profondità e quali, invece, andrebbero sviscerati per averne una maggiore comprensione? Quali quelli fraintesi?

Per quanto probabilmente in modo parziale spero di avere dato risposte esaurienti a queste domande; proponendo un'ulteriore sintesi desidero sottolineare un aspetto di carattere generale che inerisce all'attualità politico-costituzionale del nostro Paese. Si desume chiaramente dall'analisi cuochiana che volere trapiantare ex novo modelli costituzionali importati dall'estero non porta ai risultati che si auspicherebbe. Cuoco ci ha insegnato che quando si vogliono davvero fare le riforme bisogna partire dall'analisi concreta della realtà, da tutti gli elementi ambientali, identità, tradizioni, geografia, clima, società locali e ad essi adattare gli ideali e le azioni, non viceversa. Parallelamente fare le riforme vuol dire farle cercando un rapporto positivo e vivo tra le élites, le classi dirigenti, e le molte stratificazioni che compongono le società complesse di oggi, sempre in bilico tra globalizzazione e

localizzazione, altrimenti la frattura che ne nascerà sarà la scintilla del fallimento. Ancora; Cuoco ci ricorda e ci avverte che le riforme, quelle vere, vanno fatte gradualmente e soprattutto senza distruggere o rivoltare il passato tout court. La critica del Cuoco investe la legislazione rivoluzionaria che indirizzandosi agli uomini come ad astratti soggetti del diritto universale, fondato sulla natura e sulla ragione, ignora i contesti storici entro i quali gli individui sono avvolti. Le leggi così arbitrariamente formulate non potranno mai “regnare nei cuori”. Solo in questo modo ci è consentito un livello di comprensione più profondo del pensiero e dell’azione politica di Vincenzo Cuoco.

Si è osservato come spesso il Cuoco sia stato accusato, perché non adeguatamente capito, di ambiguità politica. La critica nasce dall’aver professato da parte sua giudizi positivi su Napoleone e i francesi avendoli però ugualmente tacciati di essere la cagione principale delle sciagure italiane. Un’ambiguità segnata dall’oscillazione tra tendenze democratiche e altre più conservatrici. Questa apparente contraddizione si scioglie se si evidenzia come egli comprese, prima di tutti gli altri intellettuali del suo tempo, che fosse necessario operare, politicamente e intellettualmente, partendo dalla nuova statualità napoleonica per proseguire poi nel percorso del rinnovamento. Nel Cuoco i due scenari, il cesarismo napoleonico e uno stato democratico e libero, ordinato secondo nuove regole costituzionali, sono complementari, poiché l’ordine napoleonico costituiva il solo quadro di riferimento possibile del processo di unificazione della Penisola<sup>43</sup>. L’azione politico-culturale si sviluppa così su un doppio livello, senza alcuna contraddizione tra l’essere patrioti antifrancesi e tuttavia filo-napoleonici, tra l’operare come funzionari sotto Bonaparte o Gioacchino Murat e coltivare progetti di unità e indipendenza nazionale, poiché il regime o i

---

<sup>43</sup> Per approfondimenti su questo rapporto vedi *Vincenzo Cuoco Una vita politica*, Antonino De Francesco, Laterza, Bari 1997.

regimi napoleonici gli pareva che unissero “i vantaggi della repubblica e la forza del principato”.

Per quanto concerne i valori politici di riferimento non v'è dubbio che il suo è stato fra i primi liberalismi italiani<sup>44</sup>. Lo testimoniano le battaglie per l'abolizione del feudalesimo, l'eguaglianza giuridica, il nuovo diritto di famiglia e la somma protezione della proprietà privata. Altrettanto valido, a mio giudizio, rimane l'opinione di una consolidata storiografia che iscrive il Saggio sulla rivoluzione del '99 come strumento ineludibile di comprensione della prima stagione patriottica italiana, quella che va dal 1796, nascita della Repubblica Cispadana fino al Congresso di Vienna del 1815. Una specie di strumento ermeneutico il Saggio che è stato fatto oscillare, a seconda dei momenti e delle esigenze della politica risorgimentale, come avanguardia della democrazia o come fonte del moderatismo liberale. Un'ambivalenza di significati favorita certamente dalla difformità della prima versione, quella del 1801, dai toni accoratamente più democratici, rispetto a quella successiva del 1806 figlia di una più matura e distaccata riflessione sulla Repubblica partenopea.

---

<sup>44</sup> Il tema del liberalismo si collega a quello delle società moderne nel loro sviluppo verso forme di convivenza e di giurisdizione sempre più libere e giuste. Per approfondimenti vedi R Pezzimenti, *La società aperta nel difficile cammino della modernità*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2002. Nell'opera si analizza il pensiero di Vico, Montesquieu, Hume ed altri, che costituiscono i punti di partenza del moderno liberalismo. Il testo, analizzando il non facile cammino dell'affermazione dei diritti, ripercorre il pensiero politico moderno e l'approccio a quello contemporaneo cercando di criticare non pochi luoghi comuni e mettendo in evidenza come, anche nei secoli più recenti e per mezzo di pensatori ritenuti per tanto tempo tra i più illuminati, si è operata la negazione completa della società aperta. Tutto ciò è avvenuto non solo in modo esplicito, tramite quelli che vengono definiti i nemici della libertà, ma anche in modo più o meno larvato tramite pensatori utopisti di vario genere. Non meno pericolosa è l'analisi di quelli che vengono definiti i paradossi della modernità che, dietro apparenti idee innovatrici, hanno poi esaltato metodi e principi che con la libertà e la sua storia non avevano niente a che fare. Queste pagine, oltre al profilo storico del problema, intendono mettere in guardia ciascuno di noi sulla delicatezza degli equilibri delle società aperte che, al pari della libertà, vanno difesi con la massima lucidità e determinazione.

Infine tra i meriti indubitabili della sua opera vi è quella di avere inteso, fin nel profondo del suo travaglio umano, che per costruire un'identità nazionale era necessario gettare le fondamenta di uno "spirito pubblico" ovvero di una coscienza civile condivisa dai popoli. Si adoperò per questo fine con l'attività giornalistica, con quella di scrittore o attraverso le riforme della pubblica istruzione improntati sia a criteri democratici sia a ideali liberali. Un impegno che nasce dall'avere, sulla scorta del Vico, capito che tutta la storia degli uomini è apportatrice di libertà<sup>45</sup>, in quanto rapporto inscindibile tra valori e fatti concreti in cui l'essere umano si muove coscienziosamente. Una relazione feconda che costituisce la più autentica fonte del diritto come egli lo intendeva, ossia ordine politico-morale, tolleranza ideologica-intellettuale, benessere economico-sociale, identità e tradizione dei popoli. Il presupposto della tolleranza tra i popoli è la comprensione dei diversi sistemi, anche giuridici, che regolano sapere e cultura nella conoscenza profonda di differenze ed analogie. Il Cuoco ci aiuta così a comprendere che l'analisi delle tante stratificazioni storiche che hanno prodotto una determinata società, le relative condizioni ambientali e la loro ragionata coscienza sono oggi, nelle società globalizzate, il criterio più utile che ogni popolo deve mettere in atto per ricercare una migliore qualità della vita.

---

<sup>45</sup> Opera cardine sul tema della libertà nella filosofia di Vincenzo Cuoco è quella di R. Laporta, *La libertà nel pensiero di Vincenzo Cuoco*, La Nuova Italia, Firenze 1957.

## CAPITOLO SESTO

# LIBERTÀ RELIGIOSA E COPPIE “SAME SEX” TRA TRADIZIONE, GLOBALIZZAZIONE E COMPARAZIONE

di

LUIGI COLELLA

**Sommario:** 1. La famiglia nella società complessa tra religione, globalizzazione e pluralismo - 2. Libertà religiosa e coppie same sex: il caso "*Masterpiece Cakeshop*" in USA e il bilanciamento ragionevole tra diritti in conflitto - 3. L'esperienza del Regno Unito e la sentenza *Lee v Ashers Baking Company Ltd and others* [2018] - 4. Conclusioni.

### *1. La famiglia nella società complessa tra religione, globalizzazione e pluralismo.*

In una società sempre più complessa, la famiglia tradizionale, già vincolo indissolubile e stabile, sta cedendo sempre di più il passo alla famiglia, plurale, ricomposta, multipla e informale: è questa

l'immagine nuova della famiglia nella società liquida, complessa e multiculturale<sup>1</sup>.

La struttura della famiglia in senso tradizionale costituisce, come è noto, il luogo di trasmissione della vita che assume un carattere assoluto nel rapporto uomo-donna da intendersi come la prima società naturale fondata sul matrimonio e finalizzata alla procreazione<sup>2</sup>.

Negli articoli 29, 30 e 31 della Costituzione italiana è evidente il carattere "naturale" dell'unione uomo-donna, che richiama, a nostro avviso, anche la tradizionale fisionomia cattolica di una famiglia come progetto "a immagine di Dio".

La famiglia, definita "società naturale" dalla Costituzione (come si desume dai lavori preparatori dell'Assemblea costituente), richiama una dimensione di famiglia che ha dei diritti originari e preesistenti allo Stato e che questo deve riconoscere. In termini giuridici non si può che condividere l'impianto già tracciato da una parte degli studiosi i quali hanno inteso paragonare l'art. 29 della Costituzione ad una sorta di *trave* sorretta da *quattro colonne* portanti: il *principio di solidarietà* e quello *personalista* dell'art. 2 (secondo cui la Repubblica «riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità»); a questi primi due principi cardine vanno affiancate le altre due colonne portanti della trave, ovvero il *principio di uguaglianza* (ex art. 3 Cost.) e di *autonomia* riconosciuta dall'art. 5.

---

<sup>1</sup> Il presente lavoro costituisce una necessaria rivisitazione, con aggiornamenti, del precedente contributo L. Colella, *Famiglia, libertà religiosa e diritti delle coppie "same sex" dopo il caso Masterpiece Cakeshop degli USA: la tutela dei diritti religiosi nella società multiculturale*, in rivista *Sintesonline*, Fascicolo n. 1/2018.

<sup>2</sup> Secondo la religione ebraica il matrimonio appare come una istituzione divina, per cui l'uomo e la donna formano il complemento l'uno dell'altra; prima del matrimonio le due persone erano semplici individui e dopo il matrimonio sono diventati marito e moglie, una nuova entità, una famiglia; sul punto cfr. S. Ferrari (a cura di), *Introduzione al diritto comparato delle religioni. Ebraismo, islam e induismo*, Il Mulino, 2008, pp. 156 ss.

L'immagine della *trave* sorretta dai quattro pilastri (o colonne portanti) ci aiuta a riscoprire il ruolo della famiglia come la base più solida su cui edificare la società comune e intesa come dimora naturale della persona umana, con una straordinaria funzione sociale ed economica per l'intera comunità.

In questa cornice, non mi sembra per niente anacronistico, al giorno d'oggi, il pensiero del Costituente Dossetti, secondo cui la famiglia - in una visione teologica - è data dall'unione di un uomo con una donna. Nella misura in cui questa formazione sociale sia produttiva di trame di relazioni interpersonali, da cui derivano diritti e doveri per il divenire della persona e per il bene della società, si richiede un atto formale e solenne per la sua costituzione con il quale coloro che intendono costituire una famiglia si assumono *coram omnibus* i diritti e i doveri che conseguono alla scelta assunta.

Di fronte al pericolo di svuotamento della vocazione teologica della famiglia anche Papa Francesco, rinviando alla pastorale familiare della chiesa cattolica<sup>3</sup>, afferma che "Il bene della famiglia è decisivo per il futuro del mondo e della Chiesa". Già all'inizio del suo pontificato Papa Francesco ha inteso richiamare il progetto di Dio secondo cui la famiglia ad immagine di Dio è una sola, quella tra uomo e donna. Nell'*Amoris Laetitia*<sup>4</sup>, ultimo documento sul matrimonio e sull'amore, il Pontefice insiste sulla necessità di difendere la famiglia cristiana tradizionale che va custodita e sostenuta senza nascondere le attuali difficoltà umane al fine di recuperare la vocazione della famiglia e del matrimonio cattolico. Secondo Papa Bergoglio un'ideologia, genericamente chiamata *gender*, che «nega la differenza e la reciprocità naturale

---

<sup>3</sup> Come è noto, in questi ultimi decenni c'è stato un grande sviluppo della pastorale familiare nella nostra Chiesa italiana a partire da quella famosa lettera che è il pilastro cardine, la *Familiaris Consortio* di Giovanni Paolo II.

<sup>4</sup> Per consultare il testo integrale della Esortazione apostolica cfr. [http://w2.vatican.va/content/francesco/it/apost\\_exhortations/documents/papa-francesco\\_esortazione-ap\\_20160319\\_amoris-laetitia.html](http://w2.vatican.va/content/francesco/it/apost_exhortations/documents/papa-francesco_esortazione-ap_20160319_amoris-laetitia.html).

di uomo e donna, prospetta una società senza differenze di sesso, e svuota la base antropologica della famiglia<sup>5</sup>.

Sul piano propriamente giuridico-costituzionale il discorso assume dei connotati diversi; non va trascurato che, sulla scorta dei contributi delle Corti Europee e delle legislazioni di altri paesi, si è affermato il principio di *marriage equality* per cui quasi tutta l'Europa ha ammesso istituti para-matrimoniali per le coppie dello stesso sesso. Sulla scorta di una ampia interpretazione dell'art. 12 della CEDU, la Corte di Strasburgo, nell'ormai celebre sentenza sul caso *Schalk e Kopf c. Austria* ha ammesso il diritto al matrimonio non solo tra persone di sesso opposto.

Nel nostro paese, la Corte Costituzionale italiana, con la sentenza 138 del 2010<sup>6</sup>, ha riconosciuto rilevanza costituzionale alle coppie omosessuali. Il fondamento costituzionale di una tale rilevanza va ricercato nell'art. 2 della Costituzione. Secondo la Corte "per formazione sociale" deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico<sup>7</sup>. In tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto

---

<sup>5</sup> Il Pontefice afferma che occorre evitare la pericolosa contrapposizione tra un cambiamento a tutti i costi e l'applicazione astratta di norme generali: per talune questioni bisognerà tener conto del "principio di inculturazione", necessario ai fini di una corretta impostazione e comprensione dei problemi che riguardano il matrimonio e la famiglia e che – al di là delle questioni dogmatiche ben definite dal Magistero della Chiesa – non possono essere "globalizzati" (cf. *AL*, 2.3).

<sup>6</sup> In questo caso, oggetto della questione di legittimità costituzionale erano alcune norme del codice civile. Il Tribunale di Venezia in composizione collegiale aveva sollevato, in riferimento agli articoli 2, 3, 29 e 117, primo comma, della Costituzione, questione di legittimità costituzionale degli articoli 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis, 156-bis del codice civile, «nella parte in cui, sistematicamente interpretati, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso».

<sup>7</sup> Si veda il contenuto integrale della sentenza della Corte Costituzionale n. 38 del 2010 reperibile in: <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2010&numero=138>.

fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri.

I giudici costituzionali escludono però che l'aspirazione a tale riconoscimento possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio. Nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., secondo la Corte costituzionale spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, restando riservata alla Corte costituzionale la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni (come è avvenuto per le convivenze more uxorio: sentenze n. 559 del 1989 e n. 404 del 1988). Può accadere, infatti, che, in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che la Corte costituzionale può garantire con il controllo di ragionevolezza.

In questa sentenza i giudici costituzionali - sebbene abbiano stabilito che i concetti di famiglia e di matrimonio vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi - hanno altrettanto affermato che una siffatta *“interpretazione, però, non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata”*, pertanto non possono essere ammesse interpretazioni creative.

Come risulta dai lavori preparatori in sede di Assemblea Costituente, la norma di cui all'ar. 29 Cost. non prese in considerazione le unioni omosessuali (sebbene conosciute come

esistenti già all'epoca), bensì intese riferirsi al matrimonio nel significato tradizionale di detto istituto<sup>8</sup>.

In questo quadro, la Corte costituzionale nella sentenza 138 del 2010, ha chiarito che la normativa del codice civile che richiama il matrimonio tra uomo e donna, non può considerarsi illegittima sul piano costituzionale perché essa trova fondamento nel citato art. 29 Cost., atteso che la normativa medesima non dà luogo ad una irragionevole discriminazione, in quanto le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio.

In questo quadro si inserisce l'attuale dibattito sulla equiparazione tra unione omosessuale e matrimonio cattolico e sui problemi ad esso connessi: in relazione a ciò spesso assume rilevanza l'esercizio dell'obiezione di coscienza<sup>9</sup> per motivi di credo religioso. Come si ricorderà, a seguito della approvazione della normativa italiana sulle unioni civili - legge n. 76 del 20 maggio 2016, detta Legge Cirinnà<sup>10</sup> - Papa Bergoglio<sup>11</sup> aveva chiesto

---

<sup>8</sup> Ciò è confermato dal fatto che la Carta costituzionale, dopo aver trattato del matrimonio, abbia ritenuto necessario occuparsi della tutela dei figli (art. 30), assicurando parità di trattamento anche a quelli nati fuori dal matrimonio, sia pur compatibilmente con i membri della famiglia legittima. La giusta e doverosa tutela, garantita ai figli naturali, nulla toglie al rilievo costituzionale attribuito alla famiglia legittima ed alla (potenziale) finalità procreativa del matrimonio che vale a differenziarlo dall'unione omosessuale.

<sup>9</sup> Sul concetto di obiezione di coscienza vedi S. Prisco, *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza. Una riflessione sullo Stato laico*, Jovene, Napoli, 1986. Sul punto cfr. anche A. Pugiotto, voce *Obiezione di coscienza nel diritto Costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, X, Torino, 1995, p. 242.

<sup>10</sup> La legge Cirinnà è stata adottata in Italia a seguito della sentenza n. 4184 del 2012 della prima sezione della Corte di Cassazione, che per la prima volta ha fatto riferimento al diritto alla vita familiare anche per le coppie omosessuali. Ancora non era stato avviato l'iter parlamentare per l'approvazione della legge Cirinnà e la Corte di Cassazione si trovò a dover colmare delle lacune con il riferimento all'art. 2 della Costituzione, laddove pone a carico della Repubblica il compito di garantire "i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità". La Corte di Cassazione – anche riferendosi al principio di uguaglianza formale e sostanziale tutelato dall'art. 3 della Costituzione – riconosceva in buona sostanza il diritto alla vita familiare come un diritto inviolabile

esplicitamente ai Sindaci cattolici di opporsi alla celebrazioni delle nozze tra persone dello stesso sesso. Come si ricorderà proprio sui matrimoni omosessuali il Consiglio di Stato italiano, nel dare parere favorevole sul Decreto sui registri per le unioni civili, ha superato lo scoglio dell'eventuale obiezione di coscienza dei Sindaci, rappresentando che per "ufficiale di Stato civile" deve intendersi una platea ben molto più vasta dei meri Sindaci dei Comuni con la possibilità di ricorrere, per questo adempimento, al "pubblico ufficiale" non obiettore. Se l'obiettore riveste lo *status* di pubblico ufficiale, è necessario evitare che l'esercizio dell'obiezione di coscienza provochi un diniego di giustizia o lo svolgimento di un servizio pubblico, ledendo i canoni costituzionalmente sanciti a favore della magistratura e della pubblica amministrazione.

Sul piano antropologico il tema rinvia al concetto di modernità liquida<sup>12</sup> che sembra costituire la rappresentazione ideale per descrivere una società contemporanea in cui si sono realmente e sostanzialmente "liquefatti" i legami tra gli individui, ove le relazioni sociali tendono a dissiparsi, a disgregarsi e a diventare sempre più effimeri e virtuali.

Tale tendenza antropologica può generare trasformazioni capaci di rivoluzionare i modelli culturali classici con il rischio che il consumismo conduca ad uno sfarinamento della comunità. La

---

dell'uomo. Cfr. E. Tebano, *Obiettori: la "Cirinnà" non li prevede. Il Sindaco può solo delegare*, in *Corriere della Sera*, 17 maggio 2016.

<sup>11</sup> Nell'intervista al giornale *La Croix*, Papa Francesco ha invitato tutti i cattolici, "in un quadro laico", a dover "difendere le loro preoccupazioni" su temi quali "eutanasia o matrimoni fra persone dello stesso sesso". Sul punto cfr. l'articolo *Matrimoni gay, papa Francesco ai sindaci: "Obiezione coscienza è diritto"* reperibile su <http://www.ilgiornale.it/news/cronache/matrimoni-gay-papa-francesco-ai-sindaci-obiezione-coscienza-1259977.html>.

<sup>12</sup> Z. Bauman, *Modernità liquida*, Laterza, 2011. Sul concetto di modernità liquida si ritrova anche in N. Colaianni, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose. Un percorso costituzionale*, Il Mulino, 2006, pp.109 ss.. Questo autore ritiene che la globalizzazione comporti una destrutturazione della religiosità tradizionale e "a subirne le conseguenze è la stessa concezione finalistica del sacro".

prima vittima del rapporto "liquido" è proprio l'amore e ciò rischia di condurci alla famiglia liquida<sup>13</sup> e alla c.d. sessualità liquida<sup>14</sup>.

Le metamorfosi culturali della post-modernità hanno contribuito a determinare quello che è stato definito da Papa Francesco un vero e proprio *cambiamento d'epoca*<sup>15</sup>, ovvero un momento storico in cui le rivoluzioni antropologiche sfiorano pure quegli istituti classici dell'ordinamento giuridico come appunto la "famiglia tradizionale". Secondo alcuni, infatti, "*l'insediarsi di una cultura della deregulation e del relativismo*", che in alcuni casi "*favorisce una deriva dei valori*", ha comportato una crisi della persona e delle istituzioni che essa costruisce, tra cui appunto la famiglia<sup>16</sup>.

La società naturale fondata sul matrimonio (nell'epoca della post-modernità e dell'individualismo) non è più immune da

---

<sup>13</sup> In questo quadro ci si chiede se sia giusto (oppure eccessivo) parlare di *famiglia liquida*, ovvero di una famiglia che perde le sue dimensioni di "stato solido" e che rischia di diventare sempre più flessibile e multiforme, sino a cambiare fisionomia per dissolversi del tutto. In una società complessa e plurale non possiamo trascurare che la famiglia tradizionale possa correre il rischio di diventare in futuro sempre più provvisoria e rara, tale da confondersi e annullarsi nell'alveo delle nuove forme di unione per diventare così - estremizzando - una minoranza meritevole di tutela e protezione da parte dell'ordinamento multiculturale.

<sup>14</sup> *Le conseguenze del sesso postmoderno, secondo Bauman*, di Fabrizio Buratto, 28 marzo 2013, reperibile in <http://www.ilsole24ore.com/art/cultura/2013-03-28/conseguenze-sesso-postmoderno-secondo>.

<sup>15</sup> Nel novembre 2015 a Firenze, nell'incontro con i rappresentanti del V Convegno nazionale della Chiesa Italiana, Papa Francesco ha descritto la situazione storica attuale come un profondo cambiamento che stravolge molti aspetti delle società occidentali e ha affermato che "*Si può dire che oggi non viviamo un'epoca di cambiamento quanto un cambiamento d'epoca. Le situazioni che viviamo oggi pongono dunque sfide nuove che per noi a volte sono persino difficili da comprendere*". Sul punto si veda in particolare il Discorso del Santo Padre reperibile su

[http://w2.vatican.va/content/francesco/it/speeches/2015/november/documents/papa-francesco\\_20151110\\_firenze-convegno-chiesa-italiana.html](http://w2.vatican.va/content/francesco/it/speeches/2015/november/documents/papa-francesco_20151110_firenze-convegno-chiesa-italiana.html).

<sup>16</sup> Per una completa disamina del rapporto tra libertà religiosa e nuovi modelli di famiglia si veda il lavoro monografico di R. Losurdo, *Libertà religiosa e nuovi modelli di famiglia*, Cacucci Editore, 2016.

condizionamenti esterni, tanto che non è mancato il c.d. “grido di allarme” di chi ha parlato di *finis familiae*<sup>17</sup>.

In nome del multiculturalismo, della diversità e del pluralismo globalizzante è sempre più forte l’istanza di riconoscimento di una forma di famiglia diversa da quella tradizionale; pertanto, sempre più forte è la domanda di tutela delle “unioni” tra coppie di omosessuali, unioni *same sex* e famiglie “arcobaleno”. Il riconoscimento delle “diverse forme” di unione o delle “altre” tipologie di famiglia (differenti dal vincolo classico uomo-donna) costituisce il nodo cruciale per lo Stato nazione, costruito secondo la memoria romanistica sulla famiglia tradizionale intesa come vivaio della Nazione, vero e proprio *principium urbis et quasi seminarium reipublicae* (Cicerone).

In un momento storico in cui si parla molto di *famiglie* e poco di *famiglia*, la famiglia tradizionale può ancora costituire, anche nella società multiculturali<sup>18</sup>, l’immagine solida della primordiale “cellula della società” depositaria di valori educativi e della rilevante funzione sociale per evitare alla società stessa di svanire ed evaporare nell’universo della modernità liquida.

La riflessione sulla sacralità della famiglia fondata sul matrimonio e sul rapporto uomo-donna, può sollevare sul piano giuridico dei

---

<sup>17</sup>Sul punto cfr. A. R. Vitale, *UK: dopo Alfie i giudici uccidono anche la famiglia?* reperibile su [//www.centrostudilivatinio.it/uk-dopo-alfie-i-giudici-uccidono-anche-la-famiglia/](http://www.centrostudilivatinio.it/uk-dopo-alfie-i-giudici-uccidono-anche-la-famiglia/). In questo articolo si legge che “Lo scorso 30 maggio 2018, presso l’Università di Liverpool Sir James Munby, President of the family Division of the High Court and Head family justice for England and Wales, ha dichiarato non soltanto che è oramai finita l’epoca della famiglia classicamente intesa, ma altresì che tale fine è da accogliere positivamente e applaudire”. Il testo della relazione di Sir James Munby, President of the family Division of the High Court and Head family justice for England and Wales è reperibile presso il seguente sito internet: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2018/05/speech-by-pfd-what-is-family-law.pdf>.

<sup>18</sup> Per un approfondimento sul tema delle società multiculturali D. Amirante, V. Pepe (a cura di), *Stato democratico e società multiculturale. Dalla tutela delle minoranze al riconoscimento delle diversità culturali*, Giappichelli, 2011. Cfr. anche G. Cerrina Feroni, V. Federico (a cura di), *Società multiculturali e percorsi di integrazione*, FUP, 2017.

problemi anche nel settore del bilanciamento tra libertà religiosa, obiezione di coscienza e diritti delle unioni omosessuali. L'esperienza giuridica già ha avuto modo di affrontare il rapporto tra obiezione di coscienza per motivi religiosi ed esercizio delle arti e professioni: si pensi al caso di un libero professionista (un avvocato)<sup>19</sup> che può declinare il mandato professionale ricevuto da un cliente, rinunciando alla sua difesa in un giudizio di separazione o di divorzio, trattandosi di una scelta contraria ai suoi valori cattolici.

Fatte queste premesse, giungiamo, allora, in punta di piedi, al tema di questa indagine, ovvero ad un *case study* che ha suscitato particolare interesse per tutto il modo giuridico: ci riferiamo al caso di un artista-pasticciere, il quale, nell'esercizio dell'obiezione di coscienza e della libertà di religione, si è rifiutato di preparare una torta nuziale per una coppia omosessuale.

Nella società complessa e multiculturale la libertà religiosa, spesso oggetto di satira e pregiudizio a priori, costituisce un terreno molto delicato in cui emergono i conflitti culturali. In uno stato laico, democratico e multiculturale, risulta più che necessario chiedersi se un pasticciere cattolico possa fare ricorso all'obiezione di coscienza in ragione delle sue convinzioni religiose (e della sua moralità) e così rifiutarsi di realizzare una torta per una coppia di omosessuali.

Come ha precisato una parte degli studiosi, oggi sono sempre più frequenti le istanze di obiezione motivate dai c.d. "timori di

---

<sup>19</sup> Cfr. S. Prisco, *Stato democratico, pluralismo dei valori, obiezione di coscienza. Sviluppi recenti di un antico dibattito*, in [http://archivio.rivistaaic.it/dottrina/libertadiritti/prisco.html#\\_ftn1](http://archivio.rivistaaic.it/dottrina/libertadiritti/prisco.html#_ftn1). Si veda A. GRZEŚKOWIAK, *Obiezione di coscienza per categorie professionali particolari (farmacisti, giudici, amministrativi, consulenti etc.)* in *La coscienza cristiana a sostegno del diritto alla vita*, cit., 32 del *paper*, che ovviamente suggerisce che l'avvocato si limiti a rifiutare in partenza il proprio patrocinio, ma invoca il ricorso all'obiezione di coscienza nei casi che noi diremmo di gratuito patrocinio o di difesa di ufficio.

complicità” nella commissione di atti giudicati contrari a precetti morali o religiosi pregiudizievoli per la famiglia cristiana<sup>20</sup>.

Tale fenomeno non può dirsi limitato alla nostra esperienza nazionale dove la normativa sulle unioni civili è relativamente giovane, ma trova terreno fertile anche in altri Stati democratici illuminati da prospettive avanguardiste in tema di diritti civili delle coppie omosessuali (come possono essere gli USA), ove numerose e recenti pronunce giurisprudenziali contribuiscono ad alimentare un vivo dibattito sul tema.

Il contributo in materia di coppie omosessuali che ci perviene dalla Corte Suprema degli USA nel 2018 con il caso del pasticcere cattolico, oggetto di una breve analisi qui di seguito, costituisce senz’altro un precedente giudiziario molto interessante nel panorama comparativo, sia per gli sviluppi teorici della problematica, ancora in continua evoluzione, sia per la risoluzione di futuri casi pratici in cui è in gioco il bilanciamento tra la libertà religiosa e la tutela dei diritti degli omosessuali<sup>21</sup>.

## ***2. Libertà religiosa e coppie same sex: il caso "Masterpiece Cakeshop" in USA e il bilanciamento ragionevole tra diritti in conflitto.***

Il rapporto tra *libertà religiosa* e *diritti delle coppie same sex*<sup>22</sup> costituisce un tema molto dibattuto nella società contemporanea, rappresentando, nell’era della post-modernità, una sfida dello Stato costituzionale chiamato a conciliare la convivenza dei diritti di prima generazione, come la libertà di religione, con le nuove

---

<sup>20</sup> A. Sperti, *Obiezioni di coscienza e timori di complicità*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 20/2017, p.1-31.

<sup>21</sup> A. Schuster, F. Grandi, R. Toniatti, *Focus: Coscienza, religione e non discriminazione*, in GenIUS. Rivista di studi giuridici sull’orientamento sessuale e l’identità di genere, n. 1/2017 ([www.articolo29.it](http://www.articolo29.it)).

<sup>22</sup> Per una completa visione dello status giuridico delle coppie same sex in Italia cfr. D. Ferrari, *Lo status giuridico delle coppie same sex: una prospettiva multilivello*, PE editore, 2016.

istanze di tutela dei c.d. nuovi diritti (si pensi appunto ai diritti delle unioni omosessuali).

La relazione - spesso eticamente conflittuale - tra la libertà di religione e la tutela dei diritti degli omosessuali, rappresenta l'oggetto di un particolare dibattito giurisprudenziale soprattutto negli Stati Uniti dove, come si ricorderà, il motto nazionale recita "*In God We Trust*" (*in Dio noi confidiamo*).

Il binomio "tutela della libertà religiosa" vs. "tutela dei diritti degli omosessuali" ha rappresentato una questione oggetto di un acceso dibattito anche per l'opinione pubblica specie interessato al comportamento del pasticcere cattolico che, nel 2012, si era rifiutato di produrre la torta nuziale ad una coppia omosessuale, appellandosi proprio all'obiezione di coscienza.

La libertà religiosa (e con essa l'obiezione di coscienza) ha ottenuto, come è noto, un esplicito riconoscimento nei *documenti di ispirazione occidentali*<sup>23</sup> e nelle convenzioni internazionali (vincolanti per gli ordinamenti giuridici democratici), considerati come insieme di principi e valori fondamentali per la tutela dei diritti umani: si pensi all'articolo 18 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, all'articolo 9 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nonché all'articolo 18 della Convenzione internazionale sui diritti civili e politici.

Anche in Italia il riconoscimento dell'obiezione di coscienza, altresì per motivi religiosi, ha rappresentato già in passato l'oggetto di un ampio dibattito di rilievo costituzionale sia da parte della dottrina che della giurisprudenza. Al riguardo la Corte costituzionale italiana ha avuto modo di attribuire all'obiezione di coscienza un fondamento costituzionale<sup>24</sup> (si vedano le sentenze

---

<sup>23</sup> S. Ceccanti, *Una libertà comparata. Libertà religiosa, fondamentalismi e società multiethniche*, Il Mulino, 2001, p. 35.

<sup>24</sup> M. Ronco, *Il diritto fondamentale all'obiezione della coscienza contro la legge radicalmente ingiusta*, Giu 13, 2018, Fascicolo 1 - 2018, Obiezione di coscienza, Studi, Rivista L-Jus, cfr. Relazione conclusiva del convegno *Coscienza senza diritti?*, svoltosi il 21 ottobre 2017 nell'Aula del Palazzo dei Gruppi parlamentari della Camera dei Deputati per iniziativa del Centro Studi Rosario Livatino.

196/1987, 467/1991 e 43/1997) individuato negli articoli 2, 3, 19 e 21 della Carta costituzionale del 1948. I giudici costituzionali italiani hanno precisato, proprio nella sentenza n. 43/1997, che spetta “*innanzitutto*” al legislatore stabilire “*il punto di equilibrio tra la coscienza individuale e le facoltà ch’essa reclama, da un lato, e i complessivi, inderogabili doveri di solidarietà, politica economica e sociale che la Costituzione impone (articolo 2)*”; proprio l’esperienza dell’obiezione di coscienza al servizio militare dimostra che, laddove a tali diritti della coscienza il legislatore non ha dato la dovuta rilevanza, consegue la sanzione d’incostituzionalità.

Se allora il legislatore non riesce a stabilire il citato *punto di equilibrio*, riteniamo che spetti al giudice/interprete recuperare e colmare il potenziale *vulnus*, adottando, con ragionevolezza ed equilibrio, la decisione più equa per il corretto bilanciamento dei principi e dei valori costituzionali in conflitto.

In questa cornice, la decisione adottata dalla Corte Suprema statunitense nel 2018 è stata attesa con fibrillazione, in ragione del fatto che una tale pronuncia doveva seguire la prima storica decisione della Corte Suprema degli USA sull’ammissibilità dei matrimonio omosessuali adottata nel 2015. Come si ricorderà, con cinque voti favorevoli e quattro contrari, la Corte Suprema degli Stati Uniti nel 2015 con la sentenza *Obergefell v. Hodges* aveva stabilito che il matrimonio fosse un diritto garantito dalla Costituzione anche alle coppie omosessuali. Questo in termini pratici ha significato che tutti i 50 Stati degli USA devono consentire, senza alcuna discriminazione, a due persone dello stesso sesso di sposarsi, riconoscendo così i matrimoni omosessuali già contratti in qualsiasi parte del Paese<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Il 26 giugno 2015 la Corte Suprema ha emanato la sentenza *Obergefell v. Hodges* che ha dichiarato che le leggi che non permettono la contrazione del matrimonio tra due persone dello stesso sesso sono incostituzionali, poiché violano il XIV Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti e due sue importanti clausole, la *Equal Protection Clause* e la *Due Process Clause*.

In un paese come gli USA - che, come detto, ha riconosciuto costituzionalmente a livello federale il matrimonio omosessuale - assume, dunque, particolare importanza l'ultima decisione della Corte Suprema meglio conosciuta come caso *Masterpiece Cakeshop*.

A distanza di tre anni dalla storica sentenza sui matrimoni omosessuali, ai giudici della stessa Corte Suprema - quali interpreti della legge e custodi del *Bill of Right* - è stato chiesto il bilanciamento necessario tra due importanti principi costituzionali, quello della tutela dei diritti degli omosessuali (sancito nel divieto di discriminazioni) e quello della libertà di espressione e di culto garantita dal Primo Emendamento della Costituzione degli USA.

In questa circostanza la Corte Suprema è stata chiamata a dirimere la *querelle* su quella che possiamo definire la “torta della discordia” e che ha rappresentato per la società multiculturale americana l'occasione per riflettere su temi molto caldi soprattutto per l'opinione pubblica cattolica; temi che investono la dimensione della famiglia tradizionale e dei suoi rapporti con l'omosessualità, dell'obiezione di coscienza, della libertà di espressione e dei diritti religiosi.

La vicenda, trae origine proprio dal matrimonio tra Mullins, un manager di 33 anni e Craig di 37, architetto di interni, i quali convolarono a Nozze a Provincetown nel Massachusetts, non essendo queste ammesse in Colorado. Dopo il ricevimento per così dire per nulla “dolce”, gli sposi, citarono in tribunale Jack Phillips, pasticcere di nota fama, per essersi rifiutato di realizzare la torta nuziale accusandolo di aver violato le leggi anti discriminazione.

La *Colorado Civil Rights Commission* chiamata a verificare in tal caso la presenza di discriminazioni stabiliva che il pasticcere avrebbe dovuto servire tutti i suoi clienti a prescindere dal loro orientamento sessuale nel rispetto del *Colorado Anti Discrimination Act* (CADA) che stabiliva espressamente il divieto di discriminazione in base al sesso.

La controversia, diventata rapidamente una vicenda di interesse federale<sup>26</sup>, si è conclusa con la decisione della Corte Suprema del giugno 2018 che ha ribaltato le precedenti pronunce dei tribunali americani, che avevano sempre respinto le ragioni del pasticciere Jack Phillips.

Il noto artista pasticciere, infatti, si rifiutò nel 2012 di preparare la torta per il matrimonio tra due uomini, giustificando la sua decisione in ragione della sua fede cristiana e in nome dell'obiezione di coscienza di natura religiosa, appellandosi proprio al Primo Emendamento della Costituzione degli USA.

Come è noto, il Primo Emendamento - il più celebre dei dieci emendamenti che compongono il Bill of Rights - stabilisce che *“Il Congresso non promulgherà leggi per il riconoscimento ufficiale di una religione, o che ne proibiscano la libera professione; o che limitino la libertà di parola, o di stampa; o il diritto delle persone di riunirsi pacificamente in assemblea e di fare petizioni al governo per la riparazione dei torti”*<sup>27</sup>. Dall'introduzione del Primo Emendamento la libertà d'espressione – intesa nel senso più ampio del termine, a partire dalla libertà di culto e di religione – è diventata una delle pietre miliari della società e poi della storia americana, un punto di riferimento per liberali, libertari o cittadini oppressi di tutto il pianeta<sup>28</sup>. Richiamando l'importanza del Primo

---

<sup>26</sup> È interessante rileggere le dichiarazioni del pasticciere secondo cui: *«Le mie non sono solo torte, ma oggetti di arte sotto diversi aspetti»*. Nella sua bottega tiene una Bibbia a portata di mano: *«Qui c'è scritto che l'unione carnale deve essere tra un uomo e una donna. Non voglio che la mia creatività, la mia arte, i miei talenti siano forzati per contribuire a un evento significativo che viola le mie convinzioni religiose»*. Su queste basi l'artista-pasticciere, che ha scelto come insegna *«Masterpiece Cakeshop»*, negozio di torte capolavoro, si è appellato al Primo emendamento della Costituzione: libertà di parola e rispetto di ogni fede religiosa rifiutando di realizzare la torta per la coppia omosessuale.

<sup>27</sup> F. Tonello (a cura di), *La Costituzione degli Stati Uniti*, Bruno Mondadori, 2010.

<sup>28</sup> È in nome del Primo Emendamento, per esempio, che nel 1971 la Corte Suprema respinse il ricorso del presidente americano Richard Nixon, che voleva impedire al *New York Times* di pubblicare alcuni documenti governativi secretati, gli ormai celebri Pentagon Papers. Di fronte al Primo Emendamento, anche il Presidente Nixon dovette inchinarsi. Ma la giurisprudenza attorno al Primo Emendamento, che

emendamento la Corte suprema degli USA, in questo noto caso giurisprudenziale, ha risolto il “dolce conflitto” in cui è emersa fortemente la contrapposizione di valori fondamentali di rango costituzionale concernenti le discriminazione dei gay, la libertà di espressione e le convinzioni religiose.

Nel caso *Masterpiece Cakeshop Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission* la Corte Suprema degli Stati Uniti, con un verdetto sostenuto da 7 giudici e bocciato da 2, ha posto fine alla vicenda cominciata nel 2012 e ha concluso a favore di un pasticcere.

Non potendo, per ragioni di brevità, illustrare l'intero corredo motivazionale della decisione adottata, preme tuttavia precisare qualche interessante aspetto cardine della storica decisione. Un primo aspetto della pronuncia va ricercato nel limite stesso della decisione, rappresentato dal fatto che la Corte Suprema pur dando ragione al pasticcere non abbia stabilito (espressamente) la possibilità di ricorrere all'obiezione di coscienza nel caso in cui giunga una richiesta di realizzazione di una torta da parte di una coppia omosessuale.

Tanto è vero che i primi commentatori hanno parlato di una pronuncia che riflette i caratteri di un *judicial minimalism* atteso che la Corte Suprema non sia entrata nel merito della questione, limitandosi ad affermare che la decisione della *Colorado Civil Rights Commission* avesse peccato di "ostilità evidente" nei confronti della religione<sup>29</sup>. In altri termini, per la Corte Suprema degli USA la *Colorado Civil Rights Commission* ha mostrato ostilità verso la religione e il credo religioso del pasticcere, e che l'obiezione religiosa di Phillips non fosse stata considerata con la

---

va dalla religione alla libertà d'associazione, è talmente ampia e variegata da non poter essere qui sintetizzata.

<sup>29</sup> Cfr. <http://www.rainews.it/dl/rainews/articoli/Usa-Corte-Suprema-diritto-di-pasticchiere-negare-torta-a-coppia-gay-93b38375-4c7b-491d-b720-67c090bf7dcb.html>.

necessaria neutralità in base alla *Free Exercise Clause* del I Emendamento<sup>30</sup>.

Come si è detto, il *Primo Emendamento* alla Costituzione federale degli Stati Uniti d'America che tutela il diritto alla fede, il diritto all'espressione pubblica di essa e conseguentemente la libertà di espressione dei cittadini, stabilisce che nessun potere, anzitutto quello dello Stato, possa ingerirsi nella coscienza delle persone su una questione principale e fondamentale qual è il rapporto personale con Dio, e quindi sulla morale personale e pubblica che ne deriva.

A nostro modo di vedere, come si preciserà più in avanti, la decisione costituisce un punto di partenza per restituire dignità costituzionale alla libertà religiosa e alla obiezione di coscienza (spesso sotto accusa), atteso che con questa sentenza la Corte Suprema degli Stati Uniti ha stabilito che nessun giudice possa più trattare la materia della libertà religiosa con sufficienza, ostilità e pregiudizi, e così eludere un ragionevole bilanciamento tra principi costituzionali in conflitto.

Ciò posto, il 2018 sarà ricordato per la copiosa produzione giurisprudenziale in materia di unioni *same sex*<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> S. Pasetto, Corte suprema, sentenza *Masterpiece Cakeshop, Ltd., et al. v. Colorado Civil Rights Commission et al.*, No. 16-111, 584 U.S. - (2018), del 4 giugno 2018, su libertà di religione e diritti LGBT, reperibile in <https://www.cortecostituzionale.it/documenti/pubblicazioni/dac2/4.pdf>.

<sup>31</sup> Accanto alla decisione della Corte Suprema degli USA sul caso *Masterpiece Cakeshop*, per gli operatori del diritto particolare interesse ha suscitato anche la Sentenza “Coman e altri” del 5 giugno 2018 (C-673/16) con cui la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, per la prima volta, si è pronunciata sulla nozione di «coniuge» ai sensi della direttiva 2004/38, nel contesto di un matrimonio concluso tra due uomini. La Corte di Giustizia, in questa occasione, ha stabilito che i paesi dell'Unione Europea devono concedere il diritto di soggiorno al coniuge omosessuale di un cittadino europeo, indipendentemente dalla sua nazionalità. Secondo i giudici europei “sebbene gli stati membri siano liberi di consentire il matrimonio tra persone dello stesso sesso, non possono impedire la libertà di soggiorno di un cittadino dell'Unione rifiutando di concedere al suo coniuge dello stesso sesso, cittadino di un paese non UE, un diritto di soggiorno derivato sul loro territorio”.

Il contributo della giurisprudenza in questa materia ha amplificato il dibattito giuridico e le osservazioni da parte dell'opinione pubblica, specie di quella di ispirazione cattolica. Il dibattito è stato alimentato anche da alcune pronunce di merito, adottate da alcuni giudici italiani nel dirimere casi pratici sottoposti all'attenzione delle corti territoriali. Secondo un orientamento giurisprudenziale che ha suscitato particolare interesse "anche la madre non biologica" deve considerarsi madre sin dalla nascita, perché "accretò e condivise il progetto della procreazione assistita". Questa è in sintesi la motivazione della rivoluzionaria pronuncia di merito<sup>32</sup> che ha accolto la richiesta di *stepchild adoption* avanzata dalla mamma non biologica di un bimbo nato dalla compagna, che si sottopose alla procreazione artificiale (alla quale è di fatto stato riconosciuto lo stato di "mamma dalla nascita" e non solo di madre adottiva)<sup>33</sup>. Di non poco conto è ancora la decisione di un altro tribunale italiano<sup>34</sup> che ha dichiarato l'illegittimità del diniego opposto dal Sindaco alla dichiarazione di riconoscimento del figlio minore da parte della madre non biologica e che ha ordinato allo stesso, nella sua qualità di Ufficiale di Stato Civile, di formare un nuovo atto di nascita con l'indicazione delle due madri, attribuendo al bambino il cognome di entrambe. Si tratta di due pronunce giurisprudenziali che sono destinate a rapportarsi con i diritti religiosi e la libertà di coscienza di una parte dell'opinione pubblica ancora ancorata agli schemi della famiglia tradizionale.

---

<sup>32</sup> Si veda la sentenza della Corte di Appello di Napoli n. 145 del 2018.

<sup>33</sup> Con la sentenza 145/2018 la Corte d'Appello di Napoli ha riconosciuto lo stato di «mamma sin dalla nascita» anche alla madre non biologica perché accretò e condivise il progetto della procreazione assistita. Questo provvedimento è destinato a riscrivere il Diritto di famiglia; lo storico pronunciamento ha ribaltato la sentenza del Tribunale per i minorenni che invece aveva rigettato la richiesta di *stepchild adoption*. M. Gattuso, *Corte di appello di Napoli: i bambini arcobaleno sono figli di entrambi i genitori sin dalla nascita*, in <http://www.articolo29.it/2018/corte-appello-napoli-bambini-arcobaleno-figli-genitori-sin-dalla-nascita/>.

<sup>34</sup> Cfr. il Decreto adottato dal Tribunale di Pistoia del 5 luglio 2018.

In questa cornice, la decisione della Corte Suprema statunitense sul noto caso *Masterpiece Cakeshop Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission* è sicuramente destinata ad occupare un posto di primo piano nel paradigma della recente giurisprudenza *same sex*, con la conseguenza di costituire un insuperabile punto di riferimento anche sul piano comparativo per i giudici di altre corti nazionali.

Dunque, se è vero che la decisione sul matrimonio egualitario del 2015 della Corte Suprema ha rappresentato un precedente storico per tutto il mondo giuridico, riteniamo che la decisione della Corte Suprema statunitense, adottata nel caso del pasticciere “devoto e intransigente”, non sia da meno e debba costituire una pronuncia altrettanto importante per gli studi di diritto comparato. Secondo l'organizzazione conservatrice Liberty Counsel, la decisione *Masterpiece Cakeshop Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission* può costituire “un'enorme vittoria per i diritti religiosi dei cittadini”, pertanto da questo momento “*le persone non possono essere costrette a trasmettere un messaggio che viola e offende la loro coscienza*”. Se da un lato vi sarà sollievo per molti cattolici, dall'altro la questione è ben lungi dall'essere risolta. Come già notato da alcuni osservatori<sup>35</sup>, la Corte Suprema in questo caso non ha preso posizione né sulla legittimità della condotta del pasticciere, né sulle questioni teoriche che potranno essere riproposte all'attenzione della stessa Corte. Solo a prima vista la decisione della Corte Suprema sembra capovolgere l'*opinion of the Court* dello stesso giudice Kennedy della sentenza *Obergefell v. Hodges* del 2015, sul riconoscimento del diritto al matrimonio per le coppie *same-sex*.

Tuttavia il giudice Kennedy, estensore sia della decisione del 2015 che di questa ultima del 2018, ha precisato che la sentenza del caso *Masterpiece Cakeshop* ha accertato l'accanimento dei

---

<sup>35</sup> A. Sperti, *Libertà religiosa e divieto di discriminazione: la Corte Suprema decide a favore del pasticciere “obiettore”*, reperibile in <http://www.articolo29.it/2018/liberta-religiosa-e-divieto-di-discriminazione-la-corte-suprema-decide-a-favore-del-pasticciere-obiettore/#more-12460>.

tribunali di primo grado nei confronti della libertà di religione del pasticciere Phillips.

Pertanto il caso *Masterpiece Cakeshop* non passerà alla storia come “la vittoria dei diritti religiosi sui diritti delle coppie omosessuali”, ma sarà utilizzato come un argine per colpire e discriminare “a priori e ingiustamente” le persone di fede, con la conseguenza di evitare l’offesa ai diritti religiosi<sup>36</sup>.

La libertà religiosa, sempre più oggetto di satira<sup>37</sup> e disprezzo nella società globalizzata, appare ancora più spaventata da un relativismo estremo, ovvero da un eccesso di antropocentrismo che si estrinseca in una vera e propria minaccia ed offesa alla libertà di coscienza. Il caso *Masterpiece Cakeshop* ha rappresentato, pertanto, l’occasione per i giudici - e non solo per quelli americani - di recuperare equilibrio e ragionevolezza nel bilanciamento dei valori costituzionali della libertà di espressione e di religione, da un lato, e della tutela dei diritti degli omosessuali, dall’altro.

La sentenza “*Masterpiece Cakeshop, Ltd., et al. v. Colorado Civil Rights Commission et altri*”<sup>38</sup>, segna, a nostro avviso, un passo avanti nella tutela giurisdizionale tanto della libertà di coscienza - intesa sia come libertà di espressione che come libertà di religione -, quanto del diritto ad un processo equo, dinanzi a giudici imparziali e terzi, specie quando si verta su questioni inerenti l’esercizio effettivo di dette libertà. Un conflitto che ha origini lontanissime e ben interpretato da Sofocle<sup>39</sup>, che nella sua tragedia *Antigone* mette a confronto *physis* e *nomos*, legge divina e norma

---

<sup>36</sup> M. Respinti, *Una buona sentenza, perché fondata sulla libertà della coscienza di fronte allo Stato*, 6 giugno 2018, reperibile in <https://www.centrostudilivatinio.it/una-buona-sentenza-perche-fondata-nella-liberta-della-coscienza-di-frente-allo-stato/>.

<sup>37</sup> A. Bongiovanni, *Satira e religioni, L’ironia salverà il mondo*, Il Pozzo di Giacobbe, 2018.

<sup>38</sup> Il testo della decisione è reperibile on line alla pagina [https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-111\\_j4el.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-111_j4el.pdf).

<sup>39</sup> Sul punto si veda in particolare Sofocle, *Antigone*, traduzione italiana di L. Biondetti, Feltrinelli, 1987. Particolare interesse si riscontra in P. Calamandrei, *Costituzione e leggi di Antigone. Scritti e discorsi politici*, La Nuova Italia, 1996.

terrena. Il discorso di Antigone, come giustamente ha avuto modo di osservare qualcuno<sup>40</sup>, costituisce il simbolo del conflitto tra la *norma morale* e la *norma giuridica* e l'eco di questo conflitto è ancora presente e risuona forte in un tempo in cui la famiglia assume caratteri multiformi e plurali, per certi aspetti "liquidi". Al tempo della società liquida, la questione appare molto attuale nel momento in cui si richiede il bilanciamento tra diritti di prima generazione (come la libertà di religione, che richiama sicuramente il senso della giustizia divina) e quelli di nuova (ed ultimissima) generazione o emergenti (che sono legati più alla realtà terrena, come per esempio la tutela delle unioni omosessuali). Non manca infatti chi sostiene che il riconoscimento del diritto all'obiezione di coscienza per le vicende riguardanti i matrimoni omosessuali potrebbe produrre violazioni del diritto all'uguaglianza, con la ulteriore conseguenza di impedire allo Stato costituzionale di rispondere alle nuove istanze di una società sempre più plurale, complessa e multiculturale. Nello stesso tempo, però una eccessiva "modernizzazione" dei valori culturali e religiosi potrebbe indebolire la tutela della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio uomo-donna.

### **3. L'esperienza del Regno Unito e la sentenza *Lee v Ashers Baking Company Ltd and others* [2018].**

Nel Regno Unito la libertà religiosa trova il suo fondamento nell'articolo 9 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo<sup>41</sup> (recepito con il *Human Rights Act del 1998*).

Questa disposizione riconosce la libertà di pensiero, coscienza e religione come *libertà fondamentale* di ciascuno. Gli altri

---

<sup>40</sup> L. Decimo, *Matrimonio omosessuale e pubblico ufficiale: una nuova forma di obiezione di coscienza?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 30 del 2015.

<sup>41</sup> J. Pasquali Cerioli, *La tutela della libertà religiosa nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo* in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), Gennaio 2011.

documenti di portata costituzionale, come il *Bill of Rights* e il c.d. “*The Equality Act* del 2006 e 2010”<sup>42</sup> tutelano e riconoscono in tutto il Regno Unito la libertà di religione e l’uguaglianza tra le diverse identità religiose<sup>43</sup>.

Come ha avuto modo di approfondire la dottrina, il modello *multiculturalista e comunitarista* britannico, riconosce le diversità di culture e ha agevolato negli ultimi anni il riconoscimento delle identità culturali<sup>44</sup>, nonché la eterogeneità dei diversi stili di vita, contribuendo, a nostro avviso, anche all’affermazione dei diritti degli omosessuali.

Per un certo periodo, il riconoscimento dei diritti delle coppie *same sex* è prevalso sui diritti religiosi, tanto che un recente studio ha dimostrato come la Gran Bretagna sia diventata sempre meno religiosa e la tutela della libertà di fede abbia scatenato molti contenziosi giurisprudenziali che vedono le corti svolgere un ruolo peculiare (e spesso decisivo) per la risoluzione di casi pratici che riguardano diritti in conflitto<sup>45</sup>.

In diverse occasioni i giudici inglesi hanno evidenziato che la libertà di manifestare la propria religione (o credenza) può essere legittimamente limitata e soggetta a restrizioni proprio al fine di evitare forme di discriminazioni contro altre persone o gruppi e, dunque, per proteggere altrui diritti e libertà. In questa cornice, un precedente significativo è il caso *Hall and Preddy v. Bull and*

---

<sup>42</sup> I due Equality Acts del 2006 e del 2010 vietano situazioni di discriminazione per motivi religiosi o di credenza per quanto riguarda il lavoro, la formazione professionale, l’educazione, l’erogazione di servizi e sancisce questo divieto anche per le autorità ed associazioni pubbliche.

<sup>43</sup> F. Margiotta Broglio, C. Mirabelli, F. Onida, *Religioni e sistemi giuridici – introduzione al diritto ecclesiastico comparato*, Il Mulino, 2000

<sup>44</sup> C. Martinelli, *Il modello di integrazione della Gran Bretagna*, in G. Cerrina Feroni, V. Federico (a cura di), *Società multiculturali e percorsi di integrazione. Francia, Germania, Regno Unito ed Italia a confronto*, Firenze University Press, 2017, p. 19.

<sup>45</sup> B. Parekh, *The future of multiethnic Britain*, Report of the Commission on the future of Multi-ethnic Britain (2000).

*Bull*<sup>46</sup> in cui i dirigenti cristiani di un hotel si rifiutarono di dare alloggio ad una coppia omosessuale in quanto contrari alle proprie credenze religiose. In proposito i giudici dichiararono come questa pratica fosse considerata come una discriminazione nei confronti delle persone omosessuali (e che non poteva essere affatto giustificata in base alla libertà di manifestare le proprie credenze religiose). Alla stessa conclusione si è giunti in un altro caso, laddove un'agenzia di adozioni di ispirazione cattolica si rifiutò di fornire i propri servizi a coppie omosessuali.

Se è vero che in un primo momento ha prevalso una giurisprudenza *same sex* sulla tutela dei diritti religiosi, un segno evidente della nuova sensibilità nei confronti della libertà religiosa è rappresentato dal recentissimo orientamento della Corte Suprema del Regno Unito sul tema della torta nuziale.

L'eco della storica sentenza della Corte Suprema Americana del 2018 ha probabilmente influenzato il Regno Unito, dove la Corte Suprema, con la sentenza *Lee v Ashers Baking Company Ltd and others [2018] UKSC 49*<sup>47</sup> ha posto l'accento sulla necessità di garantire la libertà di ognuno di professare liberamente il proprio credo, non potendosi costringere nessuno ad assumere un comportamento (o manifestare un messaggio) contrario alle proprie convinzioni religiose. La vicenda riguardava la pasticceria Ashers alla quale un attivista LGBT, nel 2014, aveva commissionato una torta con il logo e lo slogan "*Supporta il matrimonio gay*". Come nel caso americano, la pasticceria inglese, a conduzione familiare e dal tipico nome biblico, si era detta indisponibile a realizzare la torta richiesta trattandosi di un messaggio in contrasto con la propria fede cristiana<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> Hall and Preddy v. Bull and Bull, Bristol County Court, 18 January 2011 [2011] EW Misc 2 (CC).

<sup>47</sup> Il testo integrale <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2017-0020-judgment.pdf>.

<sup>48</sup> Il sig. Lee, un uomo omosessuale, aveva chiesto una torta personalizzata con la raffigurazione di Bert ed Ernie, due personaggi dei cartoni animati statunitensi divenuti nel tempo simbolo delle unioni omosessuali, nonché la dicitura "Sostieni il matrimonio omosessuale". Al momento dell'acquisto, la sig.ra McArthur aveva

Di fronte al rifiuto della pasticceria, la *Commissione per l'uguaglianza per l'Irlanda del Nord* (ECNI) aveva promosso un'azione civile contro la pasticceria, deducendo la violazione delle leggi dell'Irlanda del Nord per il contrasto alle discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale. Il Tribunale della Contea di Belfast e la Corte d'Appello di Belfast, rispettivamente nel 2015 e nel 2016, condannavano la pasticceria Ashers della famiglia McArthur.

Il caso è giunto sino ai giudici di ultima istanza e si è concluso con una decisione unanime; una sentenza in cui la Suprema Corte del Regno Unito ha ribaltato la decisione dei giudici di merito, liberando da ogni responsabilità i McArthur.

Il caso britannico, così come quello deciso dalla Corte Suprema degli USA, risulta, a nostro avviso, molto interessante perché solleva *prima facie* alcune questioni. In altri termini, ci si chiede se è legittimo rifiutarsi di prestare un servizio alle coppie omosessuali. Ed ancora se ci si può rifiutare di esprimere un messaggio contrario al proprio credo religioso?

Rifiutarsi di prestare un servizio (o rinunciare di preparare una torta) alle coppie same sex, in ragione della omosessualità, rappresenta sicuramente un'offesa alla sfera giuridica della coppie gay e costituisce una palese forma di discriminazione.

Cosa ben diversa è rifiutarsi di esprimere un messaggio contrario al proprio credo. Come hanno sostenuto i giudici della Corte suprema britannica: l'obiezione dei McArthur era al messaggio sulla torta e non alle caratteristiche personali di Mr. Lee.

Se si legge il dispositivo della sentenza, emerge che i pasticceri avrebbero commesso una discriminazione se avessero negato una

---

accettato l'ordinazione ed il relativo pagamento senza alcuna obiezione, sia per evitare una situazione imbarazzante per il sig. Lee, sia per prendersi il tempo necessario per formulare una risposta adeguata. Pochi giorni dopo, la coppia aveva deciso che non sarebbe stata in grado, secondo coscienza, di eseguire l'ordinazione effettuata dal sig. Lee e gli aveva restituito la somma versata, scusandosi e comunicandogli di essere un'impresa cristiana e, in quanto tale, impossibilitata ad eseguire la decorazione richiesta.

qualsiasi torta alla coppia gay (o a chiunque altro) in ragione dell'orientamento sessuale o politico degli acquirenti. Nella circostanza non è accaduto questo, ma i pasticceri si sono solo rifiutati di disegnare uno slogan che andava «contro le loro convinzioni» profonde di cristiani osservanti.

La pronuncia ribadisce il principio - già affermato dalla Corte Suprema Americana nel citato *Masterpiece Cakeshop, Ltd v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S.<sup>49</sup> - secondo il quale nessuno può essere costretto a celebrare eventi o a esprimere messaggi in disaccordo con la propria fede religiosa e/o contro le proprie personali convinzioni.

Come si è detto la sentenza della Corte del Regno Unito si basa su un ragionamento di ordine logico, ancor prima che giuridico: la condotta dei McArthur non esprimeva dissenso rispetto alla persona del committente, bensì un netto dissenso al messaggio di cui la torta stessa avrebbe dovuto essere veicolo, sì che non si configura alcuna discriminazione basata sull'orientamento sessuale. «*Il trattamento di sfavore*» – hanno scritto i magistrati inglesi – «*non ha avuto ad oggetto alcun uomo, bensì un messaggio o, meglio, un'opinione lato sensu politica: ai pasticceri era stato chiesto di esprimere un messaggio con il quale erano profondamente in disaccordo*».

I cinque Lord della Corte britannica hanno, infatti, precisato nel provvedimento che “..i McArthur avrebbero avuto il diritto di rifiutarsi indipendentemente dal messaggio trasmesso con/dalla torta richiesta, che poteva essere promuovere quello che è ritenuto un peccato come sostenere un certo partito politico o una particolare denominazione religiosa: il fatto che questo particolare messaggio nel caso di specie avesse a che fare con l'orientamento sessuale è irrilevante. Nessuno può essere costretto ad avere o

---

<sup>49</sup> Alcune prime considerazioni sulla portata della decisione emessa dalla Corte Suprema del Regno Unito sono reperibili sul sito <https://www.centrostudilivativo.it/wp-content/uploads/2018/06/Sentenza-della-Corte-Suprema-degli-Stati-Uniti-dAmerica-sulla-libertà-di-rifiutare-di-prestare-alcuni-servizi.pdf>.

esprimere un'opinione politica in cui non crede né, conseguentemente, può essergli ascritta alcuna responsabilità civile per essersi rifiutato di esprimere un'opinione politica (o comunque su una questione di ordine pubblico) contraria al proprio credo religioso". In effetti va precisato che la pasticceria cattolica si sarebbe rifiutata di fornire prodotti recanti il messaggio contestato per qualunque cliente, a prescindere dalle sue caratteristiche personali: non poteva, dunque, esservi alcuna discriminazione fondata sull'orientamento sessuale<sup>50</sup>.

Ciò posto, si deve concludere che la decisione afferma e ribadisce il principio secondo cui nessuno può costringere un prestatore d'opera a celebrare eventi o a esprimere messaggi contro la sua fede e/o contro le sue personali convinzioni; pertanto le normative introdotte "per la parità" non possono essere utilizzate per costringere a fare o a dire qualcosa contrario al proprio credo<sup>51</sup>. In questa prospettiva, la sentenza della Corte Suprema del Regno Unito è intervenuta in un momento storico in cui la libertà religiosa è stata (ed è ancora) spesso minacciata dall'idea di sovvertire i diritti legati alla dignità personale, all'identità e all'intimo umano per dare spazio ai nuovi diritti.

A nostro avviso la decisione costituisce un ulteriore pezzo del mosaico utile per ritrovare e recuperare la dimensione della libertà religiosa come "libertà delle libertà", espressione della dignità umana di ciascuno.

---

<sup>50</sup> S. Pasetto, *Corte suprema, sentenza Lee (Respondent) v Ashers Baking Company Ltd and others (Appellants) (Northern Ireland), [2018] UKSC 49, in tema di libertà di espressione religiosa e discriminazione*, reperibile su <https://www.cortecostituzionale.it/documenti/pubblicazioni/dac4/3.pdf>.

<sup>51</sup> A. Palma, *Le laicità e le identità nella recente giurisprudenza italiana*, in *Studia et Documenta*, 2011, pp. 479 ss.

#### **4. Conclusioni.**

Nella società complessa, globale e plurale, appare naturale che le posizioni diverse, e spesso in conflitto, siano all'ordine del giorno e come tali interessino non solo l'opinione pubblica, ma anche il diritto e le sue articolazioni: il legislatore, l'amministrazione e l'interprete.

In presenza di un quadro normativo ancora in divenire, spetta in primis al giudice (interprete dei principi costituzionali) operare come l'*antropologo culturale* chiamato a fare da *arbitro* dei diritti e *tutore* dei doveri di solidarietà per evitare gli scontri culturali, sociali e religiosi che riflettono i comportamenti di una società che cambia.

All'interprete e alla giurisprudenza, che riteniamo essere il primo vero formante del diritto multiculturale, spetta il duro compito di regolare l'incontro tra nuovi e vecchi modelli culturali, tra vecchi e nuovi istituti giuridici, tra diritto ed etica e così orientare i diversi comportamenti umani in una società che vive un "cambiamento d'epoca" (Papa Francesco).

Il giudice, nel bilanciare il diritto alla libertà religiosa con i diritti delle coppie *same sex*, dovrà assumere le vesti non solo di scrupoloso antropologo<sup>52</sup>, ma anche quello di vigile "moderatore di velocità" degli interessi costituzionali coinvolti, la religione, da un lato, e il diritto delle coppie *same sex*, dall'altro.

L'interprete nei suoi nuovi percorsi giurisprudenziali dovrà garantire che la tutela dei "nuovi diritti" e la difesa dei più antichi "diritti religiosi" proceda alla stessa velocità, evitando - nella società complessa e multiculturale - l'offesa e il pregiudizio alla libertà religiosa da un lato, e le gravi e serie discriminazioni alle coppie *same sex* dall'altro.

Così facendo il giudice - e la Corte Suprema americana nel caso del pasticcere cattolico lo ha fatto - dovrà assicurare che il diritto

---

<sup>52</sup> I. Ruggiu, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Franco Angeli, 2012.

multiculturale, come *Ars boni et aequi*<sup>53</sup>, garantisca necessariamente *neutralità* rispetto alle posizioni in conflitto, evitando ostilità e pregiudizi di carattere religioso e culturale, così da non compromettere - aprioristicamente - la dignità umana e l'intimo della coscienza personale, da sempre considerati all'origine dell'libertà religiosa<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> G. Limone, *Ars boni et Aequi. Ovvero i paralipomeni della scienza giuridica*, in *Ars boni et aequi: Il diritto fra scienza, arte, equità e tecnica* (a cura di), Rivista "L'Era di Antigone", n. 9, Franco Angeli Editore, 2016, pp. 7 ss.

<sup>54</sup> Come ci ricorda autorevole dottrina, la religione ha da sempre contribuito alla creazione delle visioni del mondo e dell'agire quotidiano rappresentando per ogni tradizione ed ogni civiltà un cardine fondamentale della cultura di un popolo. In tal senso si veda P. Glenn, *Tradizioni giuridiche del mondo, La sostenibilità della differenza*, Il Mulino, 2011, cfr. anche M. Ricca, *Pantheon*, Torri del Veneto, 2012.

## CAPITOLO SETTIMO

### **LAW'S RELIGION IN CANADA TRA MULTICULTURALISMO E SIMBOLISMO RELIGIOSO. IL "BILL 21" IN QUÉBEC**

di

**LUIGI COLELLA**

**Sommario:** 1. La Costituzione canadese e il principio multiculturalista: un modello precursore - 2. Libertà religiosa in Canada e la giurisprudenza multiculturalista sul kirpan - 3. La religione di fronte alle nuove sfide della globalizzazione: l'avanzata degli "altri diritti" - 4. Libertà religiosa e nuove istanze di laicità: prime note sul recente *Bill 21* in Québec - 5. La tolleranza religiosa e la fratellanza umana come solidarietà globale.

#### ***1. La Costituzione canadese e il principio multiculturalista: un modello precursore.***

Alla famiglia degli Stati geneticamente multiculturali, o c.d. "precursori del multiculturalismo", appartiene sicuramente il Canada, uno Stato storicamente diviso in due parti: la parte dove

risiedono gli inglesi con la loro identità culturale e linguistica e la parte francese legata alla tradizione francofona<sup>1</sup>.

La Costituzione canadese del 1867<sup>2</sup> non contiene alcun riferimento alle politiche multiculturali e si limita a definire l'organizzazione del sistema costituzionale.

Alla fine degli anni '70 un primo approccio multiculturale promosse il concetto di *One Canada*, ma la tendenza multiculturale del costituzionalismo canadese risale in pratica agli anni '80, nel momento in cui sono state apportate rilevanti novità all'impianto originario della Costituzione.

Come ha fatto notare la dottrina, il vero momento di svolta dal punto di vista della pluralità culturale e della tutela della libertà religiosa in Canada risale solo al 1982, coincidendo questa fase con l'emanazione della *Charter of Rights and Freedoms*.

Questa *Carta dei diritti e delle libertà*<sup>3</sup>, all'art. 2, riconosce a tutti le seguenti libertà:

- a) la libertà di coscienza e di religione;
- b) la libertà di pensiero, credo, opinione ed espressione, compresa la libertà di stampa e degli altri mezzi di comunicazione;
- c) la libertà di associazione pacifica;
- d) la libertà di associazione.

Con questa riforma, che apre le porte alla rivoluzione multiculturale dell'ordinamento canadese, si giunge a codificare il "principio multiculturalista", sancito poi nella Carta costituzionale canadese all'art. 27, il quale, come è noto, afferma che la

---

<sup>1</sup> Per una visione complessiva del sistema giuridico canadese si veda T. Groppi, *Canada*, Il Mulino, 2006; P. Carrozza, A. Di Giovine, G. F. Ferrari (a cura di) *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, 2009.

<sup>2</sup> Legge concernente l'Unione del Canada, della Nuova Scozia e del Nuovo Brunswick, il loro Governo e le relative finalità del 29° marzo 1867.

<sup>3</sup> Cfr. *Le Costituzioni degli altri*, Banca documenti del Consiglio regionale del Veneto a cura della Direzione regionale rapporti e attività istituzionali, The Constitution Act, 1867, Canadian Charter of Rights and Freedoms, reperibile sul sito <http://www.consiglio Veneto.it/crvportal/BancheDati/costituzioni/ca/canada.pdf>, (accesso marzo 2019).

Costituzione deve essere interpretata in modo da preservare l'identità multiculturale del Canada<sup>4</sup>.

E' proprio quella canadese, dunque, la prima Costituzione al mondo che codifica il termine multiculturalismo in una visione ampia e trasversale che fa da ventaglio per la tutela delle minoranze culturali, etniche e religiose.

Successivamente, con l'emendamento del 1983 sui diritti degli aborigeni e sulla possibilità per i suddetti gruppi etnici di concludere trattati, la tutela della diversità culturale assume un significato straordinario per l'ordinamento canadese.

Una ulteriore tappa del processo multiculturalista risale al 1988, allorquando è stato emanato il *Multiculturalism Act*, un documento ad hoc che ha riconosciuto l'importanza delle diversità culturali come risorsa della società da difendere e promuovere.

Questo primo ed importante documento sul multiculturalismo trova la *base ratio* nella straordinaria forza della Costituzione del Canada, che riconosce i diritti delle popolazioni indigene.

In realtà, accanto alla Costituzione, il secondo pilastro del *Multiculturalism Act* è da ricercare sicuramente nel *Canadian Human Rights Act* che, come è noto, riconosce ad ogni individuo pari opportunità ed uguaglianza, evitando così ogni forma di discriminazione.

In base a questo documento il governo canadese ha riconosciuto la diversità - fondata sulla razza, sull'origine nazionale e/o etnica, sul colore della pelle e sulla religione - come una caratteristica fondamentale della società canadese, impegnandosi, pertanto, ad implementare una politica multiculturale finalizzata a preservare e migliorare il patrimonio multiculturale dei canadesi durante il lavoro e intesa ad assicurare l'uguaglianza di tutti i canadesi nella vita economica, sociale, culturale e politica del Canada.

---

<sup>4</sup> M. Zuppeta, *Società multi-etnica e multiculturalismo. Il Canada*, in *Amministrazione in cammino* rivista online, novembre 2009; M. Nicolini, *La disciplina canadese sull'immigrazione tra multiculturalismo, secessionismo e riforme*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 2/2003, Giappichelli, pp. 726-752 .

In questa cornice, il *Canadian Multiculturalism Act* del 1988 ha fornito al Canada un quadro legislativo inteso a proteggere il patrimonio culturale dei canadesi, ridurre la discriminazione e ad incoraggiare l'attuazione di programmi e di attività multiculturali all'interno di istituzioni e organizzazioni statali.

## **2. Libertà religiosa in Canada e la giurisprudenza multiculturale sul kirpan.**

Storicamente l'art. 27 della Costituzione canadese, nel riconoscere il principio multiculturale, ha agevolato l'interpretazione di molti casi pratici che hanno visto la Corte Suprema, nella sua veste di custode della Costituzione (Groppi)<sup>5</sup>, pronunciare inizialmente molteplici sentenze e decisioni in cui si è garantita apertamente la tutela della diversità religiosa.

A tal proposito vanno sicuramente ricordati il *caso Amselem*, il *caso Ross* ed, in particolare, il *caso Multani*<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> T. Groppi, L. Luatti, *La Corte Suprema del Canada, "custode della Costituzione": alcune considerazioni sulla sua composizione e sulla procedura di controllo di costituzionalità*, in *Politica del diritto*, Rivista trimestrale di cultura giuridica fondata e diretta da Stefano Rodotà, 2/1997, pp. 215-240.

<sup>6</sup> Sul punto cfr. T. Groppi, *Il multiculturalismo come strumento per la costruzione dell'identità nazionale: l'esperienza canadese*, in D. Amirante, V. Pepe (a cura di) *Stato democratico e società multiculturale. Dalla tutela delle minoranze al riconoscimento delle diversità culturali*, Giappichelli, 2011, p. 26. Sul caso Kirpan in Canada si veda R. W. Bauman, *Multiculturalism and Religion in Canada: the Kirpan Case*, in D. Amirante, V. Pepe (a cura di) op. cit. pp.47-55. Sul caso kirpan cfr. B. L. Berger, *Freedom of Religion*, in *Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, 2017, p.3. B. L. Berger, *The Cultural Limits of Legal Tolerance*, in *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. XXI, No. 2, July 2008, p.254. Cfr. B. L. Berger, Section 1, *Constitutional Reasoning and Cultural Difference: Assessing the Impacts of Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, in *Supreme Court Law Review*, 2010, 51, pp. 35-36. Innanzitutto, l'articolo B. L. Berger, *Religious Freedom in Canada. A Crucible for Constitutionalism*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2018, pp. 111-125, in cui sia analizza i tre punti fondamentali intorno ai quali ruota il dibattito contemporaneo su tale libertà in Canada: lo status e la protezione degli interessi religiosi collettivi, l'emergenza e

Come affermato dalla Corte Suprema canadese nel noto caso *Syndicat Northcrest v Amselem*, “il rispetto e la tolleranza dei diritti delle minoranze religiose costituisce uno dei segni distintivi di una democrazia illuminata”<sup>7</sup>. In questo storico caso giurisprudenziale, i ricorrenti, tutti ebrei ortodossi, proprietari di unità condominiali in Place Northcrest, due edifici di lusso facenti parte di un complesso più grande a Montreal, *Le Sanctuaire du Mont-Royal* (il "Sanctuaire"), avevano trovato opposizione da parte del Sanctuaire che aveva negato loro la possibilità di erigere una "succah" (una piccola capanna o cabina temporanea chiusa in legno o altro materiale) sui loro balconi (ad uso esclusivo) durante la festa ebraica di Sukkot<sup>8</sup>.

La Corte Suprema per la prima volta, in questa controversia, ricostruisce la definizione di libertà religiosa e chiarisce che una pratica religiosa, al contrario della sola credenza, deve prevalere in caso di conflitto con altri interessi e che una pratica religiosa non può essere facilmente superata da questioni di gusto o preferenze personali di terzi.

La Corte Suprema canadese, in un diverso momento, ha affrontato la problematica del simbolismo religioso e il bilanciamento tra libertà religiosa e altri interessi meritevoli di tutela. Un caso emblematico di come i simboli religiosi costituiscano un terreno molto delicato nel panorama della tutela dei diritti nello stato multiculturale è confermato dalla vicenda del kirpan, lo storico pugnale dei guerrieri sikh. Il Canada da questo punto di vista costituisce un modello precursore; nel caso *Multani*<sup>9</sup> la Corte Suprema ha da subito contemplato il bilanciamento ragionevole

---

l'instabilità della neutralità dello Stato come ideale di governo nella gestione delle differenze religiose e il trattamento della religione indigena.

<sup>7</sup> B.L. Berger, *Law's Religion: Religious Difference and the Claims of Constitutionalism*, University of Toronto Press, Scholarly Publishing Division, 1 edition (November 11, 2015), p. 113.

<sup>8</sup> Si tratta di una festa del raccolto che inizia cinque giorni dopo Yom Kippur e commemora il periodo di quarant'anni durante il quale i Figli di Israele erano nel deserto e vivevano in rifugi temporanei.

<sup>9</sup> *Multani v. Commission Scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 S.C.R. 256.

tra la libertà religiosa e la sicurezza, l'ordine pubblico e l'incolumità dei cittadini.

In nome del multiculturalismo la Corte Suprema canadese ha affermato e riconosciuto il diritto di un giovane sikh di portare il kirpan a scuola, sottolineando come un divieto in tal senso avrebbe compromesso la diffusione dei valori della diversità e del rispetto altrui<sup>10</sup>.

La libertà di culto, dunque, è stata considerata come uno dei capisaldi del peculiare modello multiculturale canadese, considerato come un “modello riuscito di convivenza pacifica e di mutuo riconoscimento di culture e frange della popolazione differenti tra loro”.

Come ho avuto modo di segnalare in un recente studio su ambiente e sikhismo<sup>11</sup>, nel diritto comparato delle religioni la vicenda *kirpan* è stata oggetto, specie con l'avvento delle società

---

<sup>10</sup> Il caso del *kirpan* rappresenta un tema di grande interesse. Anche il Regno Unito ha promulgato già nel 1988 una disposizione che autorizza a portare in pubblico armi da taglio o da punta “*for religious reasons; or as part of any national costume*”, disposizione pensata proprio per consentire agli indiani Sikh di indossare il *kirpan*. Negli Stati Uniti, invece, pur in assenza di una disposizione *ad hoc*, la giurisprudenza si è basata sul *Religious Freedom Restoration Act*, emanato nel 1993 dal Congresso, per assolvere un indiano Sikh dal reato di porto abusivo di un'arma letale nascosta. In Italia la Corte di Cassazione, con sentenza n. 24048 del 2017, sez. I, sent. 31 marzo 2017 (dep. 15 maggio 2017), ha deciso che gli immigrati devono conformarsi ai valori occidentali basando “la propria decisione su una motivazione di mero carattere valoriale, più ascrivibile a valutazioni etiche che giuridiche”, sul punto si veda A. Negri, *Sikh condannato per porto del kirpan: una discutibile sentenza della Cassazione su immigrazione e "valori del mondo occidentale"* Nota a Cass., sez. I, sent. 31 marzo 2017 (dep. 15 maggio 2017), n. 24048, Pres. Mazzei, Rel. Novik, Imp. Singh, in *Rivista Diritto penale contemporaneo* Fascicolo 7-8/2017, p. 246-255, reperibile in <https://www.penalecontemporaneo.it/d/5420-sikh-condannato-per-porto-del-kirpan-una-discutibile-sentenza-della-cassazione-su-immigrazione>.

<sup>11</sup> L. Colella, *Ambiente, religione e diritto al “tempo del Creato”*: prime note comparative tra i fondamenti ecologici della chiesa cattolica e del sikhismo indiano, in *Ambientediritto.it*, n. 4/2019.

complesse e multiculturali, di un profondo dibattito culturale, politico e giurisprudenziale<sup>12</sup>.

Sul piano comparativo la vicenda del kirpan ha sempre interessato gli studiosi sino a coinvolgere anche l'Italia nel 2017, essendo stato oggetto di un contenzioso dinanzi al giudice di legittimità.

In molti precedenti il pugnale dei sikh è stato argomento di un ragionevole ed attento bilanciamento di opposti valori costituzionali, quali la libertà religiosa da un lato, e l'ordine pubblico e la sicurezza dall'altro<sup>13</sup>. In diversi altri paesi democratici, si pensi al Regno Unito e agli USA, la giurisprudenza, chiamata ad operare un equo bilanciamento dei contrapposti interessi e valori costituzionali, ha già preservato e difeso la tutela della libertà religiosa dei sikh con una tutela effettiva del kirpan<sup>14</sup> a garanzia del principio multiculturalista. In altri termini, i giudici hanno garantito la tutela dei diritti religiosi dei sikh e la possibilità di indossare, con dovute cautele, il kirpan

---

<sup>12</sup> Si veda A. M. Nico, *Ordine pubblico e libertà di religione in una società multiculturale (Osservazioni a margine di una recente sentenza della Cassazione sul kirpan)*, in *Osservatorio Costituzionale*, fasc. 2/2017, 14 giugno 2017, p. 4

<sup>13</sup> T. F. Giupponi, *La sicurezza e le sue "dimensioni" costituzionali* in S. Vida (a cura di), *Diritti umani: trasformazioni e reazioni*, Bononia University Press, 2008, pp. 275-301. J. Pasquali Cerioli, *La laicità nella giurisprudenza amministrativa: da principio supremo a "simbolo religioso"*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica, marzo 2009, p. 9.

<sup>14</sup> Il Regno Unito già nel 1988 ha adottato una disposizione che autorizza a portare in pubblico armi da taglio o da punta "*for religious reasons; or as part of any national costume*", disposizione pensata proprio per consentire agli indiani Sikh di indossare il kirpan. Negli Stati Uniti, invece, pur in assenza di una disposizione *ad hoc*, la giurisprudenza si è basata sul *Religious Freedom Restoration Act* emanato nel 1993 dal Congresso per assolvere un indiano Sikh dal reato di porto abusivo di un'arma letale nascosto. In Canada, infine, in nome del multiculturalismo, che in quel Paese è tanto importante da essere stato formalizzato persino a livello costituzionale, la Corte Suprema ha stabilito il diritto di un giovane Sikh di portare il kirpan a scuola, sottolineando che un divieto in tal senso avrebbe trasmesso agli alunni il messaggio che alcune pratiche religiose non sono meritevoli di tutela, così compromettendo la diffusione dei valori della diversità e del rispetto altrui. Nonostante il riconoscimento della libertà religiosa come diritto umano fondamentale ci sono ancora paesi in cui il kirpan è vietato, con la conseguente limitazione dei diritti di culto per i Sikh

anche nei luoghi pubblici, si pensi a scuola. Si ricorderà lo storico caso Multani in Canada dove la Corte Suprema canadese, in base all'art. 27 della Carta canadese dei diritti e delle libertà fondamentali, annullava la decisione dell'autorità scolastica che aveva proibito di indossare il rituale pugnale a scuola<sup>15</sup>.

Come ha fatto notare la dottrina, la giurisprudenza canadese viene richiamata nel panorama comparato proprio come modello multiculturale per aver utilizzato spesso lo strumento tecnico-giuridico dell'“accomodamento ragionevole”<sup>16</sup>, la cui definizione appare proprio nella celebre sentenza Multani<sup>17</sup>.

Anche in Italia la vicenda del kirpan è stata nel 2017 al centro di una querelle che ha sollevato un dibattito giuridico oltre che politico sulla questione dei simboli religiosi. Ed invero con la sentenza della Corte di Cassazione del 2017 (cfr. Cassazione Penale, Sezione I, 15 maggio 2017, n. 24084)<sup>18</sup>. La Corte è stata chiamata a giudicare l'imputato (un indiano “sikh”) per il reato di cui all'art. 4 legge n. 110 del 1975, perché “portava fuori dalla propria abitazione senza un giustificato motivo, un coltello della

---

<sup>15</sup> Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys, 2006, 1 S.C.R. 256. Sul punto cfr. T. Groppi, *Il multiculturalismo come strumento per la costruzione dell'identità nazionale: l'esperienza canadese*, in D. Amirante, V. Pepe (a cura di) *Stato democratico e società multiculturali. Dalla tutela delle minoranze al riconoscimento delle diversità culturali*, Giappichelli, 2011, p. 26. Sul caso Kirpan in Canada si veda R. W. Bauman, *Multiculturalism and Religion in Canada: the Kirpan Case*, in D. Amirante, V. Pepe (a cura di) *Stato democratico e società multiculturali. Dalla tutela delle minoranze al riconoscimento delle diversità culturali*, op. cit. pp.47-55.

<sup>16</sup> D. Lopriero, S. Gambino, *L'obbligo di “accomodamento ragionevole” nel sistema multiculturale canadese*, in G. Rolla (a cura di), *L'apporto della Corte suprema alla determinazione dei caratteri della costituzione canadese*, Giuffrè 2008, 225-226.

<sup>17</sup> Vedi E. Rossi, *Laicità dello Stato e simboli religiosi*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, Annuario 2007, Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI, Cedam, 2008, p. 335. Per un commento critico alla sentenza si veda M. Jamal, *Freedom of Religion in the Supreme Court: Some Lessons from Multani* in *National Journal of Constitutional Law*, 21, 2006- 2007, p. 291 ss.

<sup>18</sup> Cfr. Cass., sez. I, sent. 31 marzo 2017 (dep. 15 maggio 2017), n. 24048, Pres. Mazzei, Rel. Novik, Imp. Singh

*lunghezza complessiva di cm 18,5 idoneo all'offesa per le sue caratteristiche”.*

Questa pronuncia ha rappresentato, per certi versi, un limite alla libertà religiosa, atteso che i giudici di legittimità hanno condannato per il reato<sup>19</sup> di porto d'armi di un indiano di religione Sikh che portava con sé il *kirpan*. Secondo la Corte di Cassazione italiana “*se l'integrazione non impone l'abbandono della cultura di origine, in consonanza con la previsione dell'art. 2 Cost. che valorizza il pluralismo sociale, il limite invalicabile è costituito dal rispetto dei diritti umani e della civiltà giuridica della società ospitante*”. La sentenza, che ha suscitato un grande eco mediatico, ha assunto un significato politico, oltre che giuridico, ha statuito l'obbligo dell'immigrato “di conformare i propri valori a quelli del mondo occidentale”<sup>20</sup>. In questa decisione i giudici richiamano il ragionamento della Corte Costituzionale che nella sentenza n. 63 del 2016 stabilisce che “Tra gli interessi costituzionali da tenere in adeguata considerazione nel modulare la tutela della libertà di culto - nel rigoroso rispetto dei canoni di stretta proporzionalità, per le ragioni spiegate sopra - sono senz'altro da annoverare quelli relativi alla sicurezza, all'ordine pubblico e alla pacifica convivenza”.

L'aspetto più originale della pronuncia della Cassazione, a nostro avviso, va ricercata nel fatto che i giudici italiani, nel sostenere il loro ragionamento, abbiano attinto ad una parte del diritto comparato o meglio ad una parte della giurisprudenza straniera ed in particolare ad un orientamento intransigente e restrittivo che penalizza la libertà religiosa in ragione della sicurezza e dell'ordine pubblico. Viene infatti richiamata la giurisprudenza europea, a proposito del velo islamico, in *Leyla Sahin c. Turchia*

---

<sup>19</sup> Reato *ex art.* 4, comma 2, della legge n. 110/1975, condanna già inflitta dal Tribunale di Mantova.

<sup>20</sup> Secondo la Corte non sarebbe tollerabile che la società multietnica, pur costituendo una necessità, portasse alla formazione di “arcipelaghi culturali confliggenti”, ostandovi l'unicità del tessuto culturale e giuridico del nostro Paese che individua la sicurezza pubblica come un bene da tutelare.

[GC], n. 44774/98, § 111, CEDU 2005 XI ; *Refah Partisi e altri c. Turchia* [GC], n. 41340/98, 41342/98, 41343/98 e 41344/98, § 92, CEDU 2003 II, che ha riconosciuto che “*lo Stato può limitare la libertà di manifestare una religione se l'uso di quella libertà ostacola l'obiettivo perseguito di tutela dei diritti e delle libertà altrui, l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica*”. In tal senso i giudici italiani hanno richiamato la causa *Eweida e altri contro Regno Unito* del 15 gennaio 2013, in cui la Corte ha riconosciuto la legittimità delle limitazioni alle abitudini di indossare visibilmente collane con croci cristiane durante il lavoro e ha suffragato l'opinione ricordando che, nello stesso ambiente lavorativo, dipendenti di religione Sikh avevano accettato la disposizione di non indossare turbanti o Kirpan (in questo modo dimostrando che l'obbligo religioso non è assoluto e può subire legittime restrizioni). Richiamando poi la causa *Gorzelik ed altri c. Polonia* (Grande Camera), n. 44158/98, § 64, CEDU 2004) i giudici italiani hanno affermato il principio per cui nessun credo religioso può legittimare il porto in luogo pubblico di armi o di oggetti atti ad offendere.

In questa cornice, il caso Multani, frutto di un bilanciamento ragionevole e tipico della prima esperienza canadese, sembra essere solo un lontano ricordo.

### ***3. La religione di fronte alle nuove sfide della globalizzazione: l'avanzata degli “altri diritti”.***

Nonostante l'originalità dell'art. 27 e la spinta multiculturalista “propria” della Costituzione canadese, la recente politica multiculturale del Canada ha iniziato a risentire delle influenze della globalizzazione e dell'affermarsi delle nuove istanze progressiste.

Diverse pronunce giurisprudenziali sembrano negli ultimi anni segnare una “battuta d'arresto” a tale (iniziale) dinamismo

multiculturale, a tutela della diversità religiosa e della libertà di professare il proprio culto.

Una decisione del 2017 che è apparsa significativa in tal senso ha visto la Corte Suprema Canadese definitivamente pronunciarsi sul caso *Ktunaxa Nation v. British Columbia* (Forests, Lands and Natural Resource Operations); si tratta di un caso originatosi dall'annosa controversia relativa alla costruzione di uno ski-resort nella provincia canadese della British Columbia, all'interno dell'area denominata Qat'muk (un sito sacro che ospita lo Spirito dell'Orso Grizzly ritenuto di importanza fondamentale per la spiritualità del gruppo Ktunaxa).

La controversia aveva sollevato grande interesse atteso che i Ktunaxa avevano più volte sottolineato come la vita della loro comunità religiosa dipendesse proprio dal mantenimento della presenza dello Spirito dell'Orso Grizzly sulla montagna e che talune nuove attività (come la costruzione di uno ski-resort) su quei terreni con un alto valore sacro per la comunità indigena violava di fatto la libertà di religione della loro piccola comunità.

Nonostante le ragioni della comunità indigena, ritenute meritevoli di rilevanza anche costituzionale, con tale decisione la Corte Suprema ha stabilito che l'autorizzazione alla realizzazione della stazione sciistica rilasciata dal Ministro della British Columbia non avesse violato la libertà di religione degli Ktunaxa secondo l'art. 2(a) della Carta canadese dei diritti e delle libertà<sup>21</sup>.

Tale decisione sembra aver alterato un equilibrio storicamente edificato dalla tradizione e invertito la politica di integrazione e di tutela delle minoranze religiose, preservata e difesa dal principio multiculturalista e sostenuto dalla prima giurisprudenza canadese. La libertà di religione, da sempre considerata come la prima libertà fondamentale insita nella libertà di espressione e di

---

<sup>21</sup> L. Pelucchini, *This is a disturbing case: la Corte suprema canadese tra libertà di religione, multiculturalismo e interesse pubblico secolare*, in rivista *Nomos. le attualità nel diritto*, n. 1/2018; sul punto cfr. H. Kislowicz Howard, S. Luk, *Recontextualizing Ktunaxa Nation v. British Columbia: Crown Land, History and Indigenous Religious Freedom* 88 S.C.L.R. (2d), 2019, p. 205-229.

manifestazione del pensiero, sembra aver smarrito, anche in un paese multiculturale come il Canada, la sua originaria identità, rischiando di affievolirsi nel mezzo di una società sempre più globale, liquida e plurale<sup>22</sup> aperta alle istanze di riconoscimento dei nuovi e “altri” diritti.

In questa prospettiva, un altro caso giurisprudenziale di particolare interesse per la società multiculturale canadese - e per la tutela della libertà religiosa - è rappresentato dalla sentenza della Corte Suprema *Trinity Western University v. Law Society of Upper Canada*, 2018 SCC 33.

Come accaduto negli Usa con il caso *Masterpiece Cakeshop*<sup>23</sup>, anche in Canada la questione che ha riguardato la *Trinity Western University* ha portato all’attenzione dei supremi giudici un tema che sembra confermare quello che una parte della dottrina ha indicato come lo scontro tra *Rule of law* e *Rule of God* e che si traduce nel conflitto tra diritto e religione. In questo ultimo caso la Corte suprema canadese ha dovuto porre fine ad una controversia che ha mostrato l’evidente conflitto tra la libertà di religione e la tutela dei diritti degli omosessuali.

Il caso ha riguardato come detto la Trinity Western University (TWU), un’istituzione cristiana evangelica che richiede a tutti gli studenti e al proprio personale di firmare un codice di condotta

---

<sup>22</sup> L. Colella, *Famiglia, libertà religiosa e diritti delle coppie "same sex" dopo il caso Masterpiece Cakeshop degli USA: la tutela dei diritti religiosi nella società multiculturale*, in *Rivista sintesonline*, n. 1/2018, reperibile su [http://www.sintesonline.info/index.php?com=news&option=leggi\\_articolo&cID=209](http://www.sintesonline.info/index.php?com=news&option=leggi_articolo&cID=209).

<sup>23</sup> S. Pasetto, *Corte suprema, sentenza Masterpiece Cakeshop, Ltd., et al. v. Colorado Civil Rights Commission et al., No. 16-111, 584 U.S. - (2018), del 4 giugno 2018, su libertà di religione e diritti LGBT*, reperibile in <https://www.cortecostituzionale.it/documenti/pubblicazioni/dac2/4.pdf>. Per una completa visione dello status giuridico delle coppie same sex in Italia cfr. D. Ferrari, *Lo status giuridico delle coppie same sex: una prospettiva multilivello*, PE editore, 2016. A. Sperti, *Libertà religiosa e divieto di discriminazione: la Corte Suprema decide a favore del pasticciere "obietttore"*, reperibile in <http://www.articolo29.it/2018/liberta-religiosa-e-divieto-di-discriminazione-la-corte-suprema-decide-a-favore-del-pasticciere-obietttore/#more-12460>.

che richiede di condividere il principio secondo cui l'unica forma sana di sessualità si realizza all'interno di un matrimonio tra un uomo e una donna. In questa fattispecie, l'istituzione universitaria si vedeva respingere dalla Law Society of Upper Canada la proposta di istituire un corso di giurisprudenza. La Corte Suprema canadese in questo caso ha condiviso la decisione della Law Society of Upper Canada atteso che, secondo i giudici, va salvaguardato l'interesse generale di proteggere i valori di uguaglianza e i diritti umani nello svolgimento delle funzioni pubbliche proprie dell'università. Il rifiuto di accreditare la proposta avanzata dall'istituzione universitaria, rappresentava dunque secondo la Corte suprema un equilibrio proporzionato tra la limitazione della libertà di religione garantita dall'art. 2 (a) della *Carta dei diritti e delle libertà canadese* e gli obiettivi statutari della Law Society of Upper. Tali obiettivi includono tra gli altri la parità di accesso alla professione, la tutela della diversità all'interno dell'istituzione forense e la prevenzione di pregiudizi agli studenti Lgbtq.

I due casi giurisprudenziali che si è richiamato dimostrano, a nostro avviso, che la politica di integrazione canadese, a lungo segnalata dalla dottrina come modello virtuoso di multiculturalismo, sembra aver subito una “battuta d'arresto”<sup>24</sup>, soprattutto in tema di cittadinanza, unità e stabilità politica, e da ultimo in tema di tutela di libertà religiosa.

Quanto già detto induce a due riflessioni, ritenute necessarie per approfondire e continuare il discorso sulla tutela della libertà religiosa al tempo della globalizzazione.

In primis va detto che è sempre più vero che in materia di libertà religiosa prevale la dimensione privatistica su quella pubblicistica e questo anche perché la libertà di religione è destinata a incontrarsi con le nuove istanze di riconoscimento di posizioni

---

<sup>24</sup> E. Ceccherini, *Cittadinanza, immigrazione e integrazione: l'approccio multiculturale canadese in bilico*, in G. Cerrina Feroni, V. Federico (a cura di) *Strumenti, percorsi e strategie dell'integrazione nelle società multiculturali*, ESI 2018.

giuridiche soggettive legate alla globalizzazione e all'avvento di posizioni progressiste, come l'eutanasia e il diritto al fine vita, la tutela dei diritti degli omosessuali, ecc..

Una seconda considerazione concerne l'esistenza di limiti alla libertà di religione. Corollario della libertà religione è la libertà dalla religione. Nell'era della globalizzazione la libertà di religione, pur essendo una libertà fondamentale espressione del più generale diritto alla libertà di espressione e di pensiero, non può essere intesa come un diritto assoluto; i limiti alla libertà di culto e di religione possono ben essere giustificati da interessi o valori costituzionali come l'ordine pubblico, la sicurezza e le emergenze sanitarie (si veda, da ultimo, il caso delle limitazioni alle celebrazioni religiosi giustificate dall'emergenza sanitaria legate al coronavirus).

#### ***4. Libertà religiosa e nuove istanze di laicità: prime note sul recente Bill 21 in Québec.***

Lo Stato del Québec, tradizionalmente di civil law, riconosce da sempre i diritti di libertà e i valori fondamentali di ogni cittadino: questi principi hanno condotto nel corso del tempo al principio di laicità dello Stato al fine di garantire la libertà di religione e la separazione tra potere temporale e spirituale.

La libertà di religione ha costituito in Québec un tema centrale e di grande interesse per il dibattito scientifico; un fattore legato, in particolare, alla tradizione storica di una ex colonia in cui era evidente il radicamento dei principali ordini religiosi della Chiesa Cattolica, alla quale veniva delegata, inizialmente, anche la questione dell'educazione<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Per una storia della pubblica istruzione in Quebec si veda S. Boudreau, *From Confessional to Cultural: Religious Education in the Schools of Québec*, in *Religion & Education*, 38, 2011, in particolare pp. 213-218.

Un primo passo verso la laicizzazione del Québec ha riguardato proprio l'educazione<sup>26</sup> e il ridimensionamento dei poteri affidati alle scuole e agli ordini religiosi in tema di istruzione.

Con le riforme legislative intervenute negli ultimi anni si è segnato progressivamente un processo di secolarizzazione che ha portato, da ultimo, alla approvazione della recente legge sui simboli religiosi del Québec del 2019.

Conformemente al principio della sovranità parlamentare, spetta al Parlamento del Québec determinare i principi e le modalità con cui realizzare le relazioni tra Stato e religioni e ciò per garantire la supremazia della laicità statale sancita dall'ordinamento giuridico del Québec.

In questo quadro si inserisce la nuova *legge sui simboli religiosi* approvata in Quebec nel 2019; un provvedimento normativo che è stato subito al centro di un interessante dibattito parlamentare e che ha coinvolto non solo le istituzioni statali, ma anche giuristi e opinione pubblica.

La nuova legge sui simboli religiosi, nota come *Bill 21*, (*Bill n°21: An Act respecting the laicity of the State*), vieta ad alcuni lavoratori del settore pubblico, compresi insegnanti e ufficiali di polizia, di indossare simboli religiosi sul posto di lavoro.

Il divieto del Québec di simboli religiosi è "Un atto che rispetta la laicità dello stato" (*Loi sur la laïcité de l'État*), presentato dalla coalizione di governo *Avenir Québec* (CAQ) il 29 marzo 2019; si tratta in effetti della prima legge del Québec che afferma che "Lo stato del Québec è uno stato laico (sezione 1)".

Secondo le intenzioni dei promotori<sup>27</sup> lo scopo di questo disegno di legge è affermare la laicità dello Stato e stabilire i requisiti che

---

<sup>26</sup> C. M. Pettinato, *La libertà dell'educazione religiosa davanti ai giudici canadesi (prendendo spunto dalla sentenza Loyola High School vs. Québec)*, in *Rivista telematica* ([www.statoecliese.it](http://www.statoecliese.it)), n. 22/2017, p. 2.

<sup>27</sup> Introduction Introduced by Mr. Simon Jolin-Barrette, Minister of Immigration, Diversity and Inclusiveness, *Bill 21 An Act respecting the laicity of the State*, reperibile su <http://www.assnat.qc.ca/en/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-21-42-1.html?appelant=MC>.

ne conseguono. A tal fine, il disegno di legge prevede che la laicità dello Stato si basa su quattro principi: la separazione tra Stato e religioni, la neutralità religiosa dello Stato, l'uguaglianza di tutti i cittadini e la libertà di coscienza e di religione.

In base alla nuova legge le istituzioni parlamentari, governative e giudiziarie sono tenute ad aderire a questi principi nel perseguimento degli obiettivi istituzionali.

Secondo tale normativa, il personale pubblico deve esercitare le sue funzioni con il volto scoperto; anche le persone che intendono ricevere un servizio pubblico devono fare altrettanto, per consentire la verifica della loro identità o per motivi di sicurezza.. Tuttavia, tali obblighi non si applicano alle persone il cui volto è coperto per motivi di salute o di handicap, o per i requisiti legati allo svolgimento di particolari funzioni o all'esecuzione di determinati compiti particolari.

Il dato peculiare del disegno di legge va ricercato nel fatto che il c.d. *Bill 21* ha modificato la *Carta dei diritti umani e delle libertà* del Québec precisando che le persone devono tenere in debita considerazione la laicità dello Stato nell'esercizio delle proprie libertà e diritti fondamentali. Sebbene la *Carta* del Québec garantisca la libertà di religione, il suo preambolo includerà ora una dichiarazione che afferma l'importanza fondamentale del secolarismo di stato.

L'avvento della nuova normativa, intesa a bilanciare il principio della libertà religiosa con le esigenze costituzionali di sicurezza e ordine pubblico, ha sollevato alcuni dubbi di costituzionalità posti in evidenza dalla dottrina canadese (Berger)<sup>28</sup> e ha prodotto già le prime reazioni *de facto* specie da parte della comunità islamica.

In verità alcuni gruppi minoritari ed associazioni religiose hanno già manifestato diverse critiche rispetto alla nuova normativa,

---

<sup>28</sup> Vedi l'articolo *Why Quebec's religious-symbols bill will fail* del professore Benjamin Berger su *The Globe and mail*, reperibile in <https://www.theglobeandmail.com/amp/opinion/article-why-quebecs-religious-symbols-bill-will-fail/>, maggio 2019.

ritenuta in parte incostituzionale e in parte offensiva della libertà di religione dei cittadini musulmani. Ciò ha giustificato alcuni ricorsi ai tribunali del Quebec, intesi a censurare la norma considerata in contrasto con la Carta dei diritti e delle libertà del Quebec e per certi versi anche con la *Carta dei diritti e delle libertà canadese* a cui la prima è gerarchicamente subordinata.

In questa cornice, il *Consiglio nazionale dei musulmani canadesi* (NCCM) e la *Canadian Civil Liberties Association* (CCLA) hanno già richiesto in sede giudiziaria la sospensione degli effetti della nuova normativa e hanno annunciato di portare il caso davanti alla Corte Suprema del Canada per violazione della libertà religiosa.

In risposta ai primi dubbi sollevati sul contenuto della legge sulla laicità, il Premier François Legault ha insistito sul fatto che il disegno di legge è coerente con l'opinione della maggior parte dei cittadini del Quebec e risponde al loro desiderio di avere uno stato religiosamente neutrale.

Come spiega Benjamin Berger "*L'inevitabile adozione da parte dello stato di posizioni su tali questioni ... implicherà l'assunzione di posizioni su questioni di profondo interesse religioso*"<sup>29</sup>.

A nostro avviso - in attesa di verificare la reale portata delle norme e gli effetti sul campo della legge sulla laicità in Quebec - la nuova normativa costituisce già un provvedimento di notevole importanza che ribadisce l'attualità della questione del simbolismo religioso e della laicità nello stato multiculturale.

Se da un lato il *Bill 21* costituisce una normativa finalizzata a dare risposte alle istanze di sicurezza in un ordinamento statale dichiaratosi laico, dall'altro si presenta come un provvedimento figlio di un nuovo nazionalismo religioso che, se estremizzato, produrrà inevitabilmente serie limitazioni alla libertà religiosa, con il rischio di scontrarsi con la "tradizione giuridica",

---

<sup>29</sup> Vedi l'articolo di K. Kinsinger, Quebec's Bill 21 misapplies religious neutrality principle, articolo reperibile su <https://policyoptions.irpp.org/magazines/may-2019/quebecs-bill-21-misapplies-religious-neutrality-principle/>, maggio 2019.

progressista ed inclusiva, della società canadese da sempre fondata e costruita (geneticamente) sul principio multiculturalista.

### ***5. La tolleranza religiosa e la fratellanza umana come solidarietà globale.***

La nuova legge sulla laicità del Québec costituisce l'occasione per riflettere sul concetto di laicità e di tolleranza religiosa, con particolare riguardo ai simboli religiosi e del loro uso nel contesto globalizzato.

In questo quadro, un illuminante contributo appare la riflessione condotta da Benjamin L. Berger, il quale nella sua opera *Law's Religion* dimostra come in Canada, nonostante il diritto costituzionale garantisca il principio di tolleranza in materia religiosa, la libertà di culto non venga sempre assicurata a pieno nella sua totalità.

Ed invero quando una pratica religiosa si scontra con i principi giuridici dell'ordinamento, si rischia di superare i limiti contemplati nel concetto di tolleranza stessa; in questi casi l'ordinamento giuridico tende ad influenzare e ad assoggettare la tradizione religiosa, che finisce per subire una forte limitazione, realizzando di fatto nei casi più estremi una discriminazione delle minoranza e un'assenza di tutela.

Nei suoi studi B.L. Berger evidenzia che l'atteggiamento del diritto nei confronti della materia religiosa è quello di una mera "indifferenza" piuttosto che di naturale tolleranza<sup>30</sup>.

In altri termini, fino a quando un culto sarà ritenuto inoffensivo, il diritto gli sarà indifferente e l'ordinamento non si preoccuperà affatto del fattore religioso (si pensi nei casi in cui la religione riguarda la sfera privata). L'indifferenza, al contrario, si trasformerà in allarme o pericolo sociale quando una certa pratica

---

<sup>30</sup> B.L. Berger, *Law's Religion: Religious Difference and the Claims of Constitutionalism*, op. cit., p. 113.

religiosa sfiderà i presupposti della cultura giuridica e le sue basi socio-politiche.

Come insegna Berger, la tolleranza non può mai essere intesa come indifferenza, ma deve essere concepita come naturale rispetto delle posizioni religiose differenti. Se così non fosse si finirebbe per facilitare il conflitto tra *diritto e religione* tutte le volte in cui la libertà religiosa si affaccerebbe nella sfera pubblica. La tolleranza non deve essere intesa come passiva sopportazione di conflitti, bensì come gioiosa ricerca del giusto punto d'incontro tra identità differenti<sup>31</sup>.

Nel *Documento sulla fratellanza umana per la pace mondiale e la convivenza comune* firmato il 4 febbraio 2019, ad Abu Dhabi da Papa Francesco e dal Grande Imam di Al-Azhar Ahmad Al-Tayyeb, le due autorità religiose hanno posto l'accento sull'impegno a livello mondiale di diffondere la cultura della tolleranza, della convivenza e della pace; di intervenire, quanto prima possibile per fermare lo spargimento di sangue innocente e di porre fine alle guerre, ai conflitti, al degrado ambientale e al declino culturale e morale che il mondo attualmente vive.

Secondo questo documento rivoluzionario, infatti, *“Il dialogo, la comprensione, la diffusione della cultura della tolleranza, dell'accettazione dell'altro e della convivenza tra gli esseri umani contribuirebbero notevolmente a ridurre molti problemi economici, sociali, politici e ambientali che assediano grande parte del genere umano”*. Una vera e propria Dichiarazione sulla fratellanza umana che è un *“invito alla riconciliazione e alla fratellanza tra tutti i credenti, anzi tra i credenti e i non credenti, e tra tutte le persone di buona volontà”*, ovvero un *“simbolo dell'abbraccio tra Oriente e Occidente, tra Nord e Sud e tra tutti coloro che credono che Dio ci abbia creati per conoscerci, per cooperare tra di noi e per vivere come fratelli che si amano”*.

---

<sup>31</sup> Cfr. B. Häring, V. Salvoldi, *Tolleranza. Per un'etica di solidarietà e di pace*, 1995.

Sul piano giuridico, in un contesto globale sempre più laico e plurale, la tolleranza<sup>32</sup> - che ha trovato spazio nella letteratura di grandi pensatori, come Locke, Voltaire e J. Stuart Mill - deve assumere le vesti non della “indifferenza”, ma della fratellanza umana (Papa Francesco).

La tolleranza e la fratellanza umana sono così i due nuovi pilastri della solidarietà globale, della solidarietà oltre i confini e del dialogo gratuito ed incondizionato tra le religioni.

Tuttavia la solidarietà nello stato globale e multiculturale - intesa prima di tutto come dovere costituzionale inderogabile di pacifica convivenza - richiede prima di tutto il riconoscimento della dignità umana e il rispetto per il diverso, ovvero della centralità della persona umana: non ci può essere fratellanza, senza persone. Ogni società, infatti, non è il “tempio dei valori che sono scritti sui suoi monumenti”<sup>33</sup>, ma l’insieme dei valori che regolano la “relazione dell'uomo con l'uomo”, dunque tra le persone.

È proprio da questa relazione autentica tra le persone che bisogna ripartire per costruire una società globale più liberale, più tollerante e solidale.

---

<sup>32</sup> I. Mereu, *Storia dell'intolleranza in Europa*, 2000; J. Locke, *Scritti sulla tolleranza*, a cura di D. Marconi, 1997; Voltaire, *Trattato sulla tolleranza*, Feltrinelli Editore, 2014; J. Stuart Mill, *Saggio sulla libertà*, il Saggiatore, 2014

<sup>33</sup> M. Merleau-Ponty, *Humanism and Terror: An essay on the communist problem*, translated by John O'Neill 1969.

## CAPITOLO OTTAVO

# PERCORSI COSTITUZIONALI DELLA LIBERTÀ SINDACALE: L'ESPERIENZA FRANCESE AL TEMPO DELLA GLOBALIZZAZIONE

di

**LUIGI COLELLA**

**Sommario:** 1. Libertà sindacale tra Stato sociale e globalizzazione - 2. Costituzione e libertà sindacale in Italia - 3. La libertà sindacale in Inghilterra: profili costituzionali - 4. Costituzione e libertà sindacale in Germania - 5. La libertà sindacale nella Costituzione della Grecia - 6. Costituzione e libertà sindacale in Spagna - 7. La libertà sindacale nella Costituzione francese - 8. Il modello francese e la “*démocratie sociale*” - 9. La “*démocratie sociale*” (in tensione) ai tempi della globalizzazione: “*le dialogue social*” in Francia - 10. Brevi conclusioni.

### *1. Libertà sindacale tra Stato sociale e globalizzazione*

Questo lavoro intende rivisitare e aggiornare alcune considerazioni già contenute in un mio primo studio dedicato al

rapporto tra sindacati e Costituzioni nell'esperienza europea e alla "démocratie sociale" nell'esperienza francese<sup>1</sup>.

In quella occasione ebbi già modo di evidenziare come i sindacati, da sempre considerati una forza importante di cambiamento e trasformazione sociale, costituiscono le più grandi organizzazioni volontarie d'Europa.

Ancora oggi, in un'epoca in cui la società appare sempre più liquida e globale, il sindacato costituisce l'unica forza capace di assicurare sul campo la difesa dei diritti dei lavoratori.

I primi sindacati nascono in Inghilterra, patria del capitalismo, con il nome di "trade unions"; da qui nonostante i divieti si diffondono in maniera piuttosto rapida in tutta Europa, dando origine al sindacalismo moderno.

I primi sindacati artigiani nacquero proprio nella metà del XIX secolo; il *Trades Union Congress* britannico nacque formalmente dopo la rivoluzione industriale<sup>2</sup>, fra il 1860 e il 1870.

In Francia la *Confédération Générale du Travail* nacque fra il 1890 e il 1900. Anche la *Deutscher Gewerkschaftsbund* tedesca e la *Fédération Générale du Travail* in Belgio sorsero in questo stesso periodo.

In Italia i sindacati nascono come società di *mutuo soccorso*<sup>3</sup> per diventare poi, attraverso un lungo ed articolato processo evolutivo, vere e proprie organizzazioni indipendenti dai partiti politici, figlie della diversità e del pluralismo<sup>4</sup>.

---

Il presente contributo, rivisitato e aggiornato, riprende in parte alcune considerazioni già contenute in L. Colella, *Costituzioni e libertà sindacale in Europa. la democrazia sociale nell'esperienza francese*, in *Il Politico*, (Univ. Pavia, Italy) 2014, anno LXXIX, n. 2, pp. 29-50.

<sup>1</sup> Vedi per un primo approccio L. Colella, *Costituzioni e libertà sindacale in Europa. la democrazia sociale nell'esperienza francese*, in *Il Politico*, (Univ. Pavia, Italy) 2014, anno LXXIX, n. 2, pp. 29-50.

<sup>2</sup> Cfr. E.P. Thompson, *Rivoluzione industriale e classe operaia in Inghilterra*, Il Saggiatore, 1969. P. Deane, *La prima rivoluzione industriale*, il Mulino, 1971.

<sup>3</sup> G. Giugni, *Diritto sindacale*, Cacucci, 2001.

<sup>4</sup> G. Baglioni, *Fare sindacato oggi: la regolamentazione delle diversità*, Edizioni Lavoro, 2004.

Dal punto di vista diacronico il processo di evoluzione<sup>5</sup> del sindacalismo contemporaneo in Europa si è contraddistinto per l'esistenza di tre fasi temporali: una prima lunga *fase di inizio* dell'azione sindacale che, prendendo le mosse dal costituzionalismo liberale, si conclude negli anni '30; una seconda fase di *ampio sviluppo organizzativo* e negoziale che inizia nel dopoguerra e finisce negli anni '70; una terza ed ultima fase che si spinge fino ai nostri giorni, contrassegnata da un certo *ripegamento*<sup>6</sup> (o crisi) dell'azione sindacale.

Nonostante sia possibile individuare diverse categorie di sindacati, si sono riconosciuti da sempre quattro modelli principali di relazioni industriali negli Stati membri dell'Unione Europea: il *corporativismo nordico*, il *partenariato sociale*, il *pluralismo liberale* ed il *centralismo statale*.

Secondo un rapporto della Confederazione Europea dei Sindacati, gli Stati membri dell'Unione Europea sono divisi in sei gruppi: scandinavo, continentale, anglosassone, meridionale, nuovi Stati membri orientali e nuovi Stati membri mediterranei<sup>7</sup>. Nel modello del *corporativismo nordico* si registrano alti livelli di adesione

---

<sup>5</sup> G. Baglioni, *L'accerchiamento. Perché si riduce la tutela sindacale tradizionale*, il Mulino, 2008, p.11; cfr. M. Romani (a cura), *Appunti sull'evoluzione del sindacato*, Edizioni Lavoro, 2000.

<sup>6</sup> M. Carrieri, *I sindacati*, il Mulino, 2012.

<sup>7</sup> Secondo un primo studio i modelli si suddividono in diverse categorie: i paesi scandinavi seguono il modello di corporativismo nordico (si pensi a Danimarca, Finlandia e Svezia); la maggior parte del gruppo continentale, con la Slovenia e i nuovi Stati membri orientali, hanno forme di partenariato sociale (si pensi ad Austria, Belgio, Germania, Lussemburgo, Paesi Bassi e Slovenia); gli Stati membri anglosassoni e i nuovi Stati membri mediterranei seguono il modello del pluralismo liberale (esempi come l'Irlanda, il Regno Unito, Cipro e Malta); il gruppo meridionale presenta un sistema centralizzato di Stato (Francia, Grecia, Italia, Portogallo e Spagna); i nuovi Stati membri orientali possono rientrare in diverse categorie, spesso mostrando caratteristiche sia del pluralismo liberale che del centralismo di Stato. Sul punto cfr. *Sindacati e le relazioni industriali nei paesi dell'UE*, a cura della Confederazione Europea dei Sindacati, reperibile su [www.er.cgil.it/flex/cm/pages/ServeAttachment.../BLOB%3AID%3D32](http://www.er.cgil.it/flex/cm/pages/ServeAttachment.../BLOB%3AID%3D32). Sulle relazioni industriali in Europa vedi *Relazioni industriali in Europa 2012*, reperibile su [ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=10297&langId=it](http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=10297&langId=it).

sindacale giustificati da una partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese, da una particolare forma di assistenza, nonché dagli accordi collettivi applicati alla stragrande maggioranza dei lavoratori, senza bisogno di un intervento del governo. Il *partenariato sociale* si basa sull'appartenenza della maggior parte degli imprenditori ad associazioni, e dei sindacati alle confederazioni; in questo modello il governo nazionale interviene meno nelle contrattazioni, si pensi alla Germania rispetto a quanto accade in Austria o nei Paesi Bassi. In un *sistema pluralista liberale* il governo non si consulta molto con le parti sociali, ma limita il proprio campo legislativo emanando poche norme riguardanti il mercato del lavoro e la protezione sociale; in questi sistemi la densità sindacale tende ad essere bassa. Nel modello con *centralizzazione di Stato*, i governi agiscono con maggiore impunità rispetto a quelli impegnati nel partenariato sociale, ma cercano comunque di mettere d'accordo sindacati e imprenditori. La densità sindacale è spesso più bassa in questi paesi, ma la copertura della contrattazione collettiva può essere più ampia grazie alla possibilità di estendere gli accordi ai luoghi di lavoro non sindacalizzati, sia per legge che tramite le associazioni degli imprenditori.

In questo quadro, appare utile anche in questo lavoro di aggiornamento porre l'accento sui principali riferimenti costituzionali della libertà sindacale presenti nelle più importanti Costituzioni dei paesi dell'Europa occidentale<sup>8</sup>, analizzando per ciascuna esperienza, nell'era della globalizzazione, le attuali caratteristiche della tutela sindacale e delle sue prospettive future. In questo quadro costituzionale si inserisce il fenomeno della globalizzazione che ha fortemente influenzato e sta dominando tutt'ora il mondo del lavoro, andando a pregiudicare in molti casi le piccole imprese, le realtà locali, i piccoli mercati e le zone rurali dei paesi meno sviluppati. I metodi tradizionali agricoli

---

<sup>8</sup> Cfr. *Le relazioni sindacali in Italia e in Europa*, Rapporto 2008-2009, a cura del CNEL, 14 luglio 2010.

sono stati per esempio rivoluzionati e mutati in favore dei metodi di produzione tipici del sistema capitalistico, che risultano più produttivi e quindi economicamente più vantaggiosi senza tenere conto della storia, della bellezza e della qualità delle realtà più piccole costrette a soccombere per l'impossibilità di competere con un mercato tanto più forte.

Nel contempo la tecnologia e il mondo del mercato di internet (on line) ha ridotto fortemente la domanda nel mondo del lavoro, così il basso costo del lavoro e i bassi oneri fiscali fanno sì che le grandi aziende decidano di spostarsi all'estero dove la pressione fiscale è inferiore. Anche i flussi migratori aumentano lo sfruttamento di manodopera e il lavoro in nero, in una condizione spesso di disagio e senza favorirne l'integrazione.

Oggi più che mai, nell'era della globalizzazione, del lavoro flessibile e dello *Smart working* - in cui il diritto del lavoro è diventato un *diritto aleatorio*<sup>9</sup> (spesso svuotato della sua effettività giuridica) - la politica economica di uno Stato democratico-sociale deve recuperare la sua funzione naturale attraverso la difesa e la creazione di posti di lavoro, senza i quali la tutela sindacale non ha ragione di esistere. Come ha avuto modo di sottolineare qualcuno *l'industria e il lavoro sono oggi al centro della grande trasformazione: laddove c'è innovazione ci sono accordi sindacali. La contrattazione di secondo livello, il welfare aziendale, la conciliazione vita-lavoro e più in generale il piano industria 4.0, sono sempre più al centro della vita delle imprese: ecco perché il sindacato ha davanti a sé una strada aperta e non scomparirà. Se cambierà pelle*<sup>10</sup>.

In questo quadro e in una società liquida e globale, la sfida per il diritto costituzionale contemporaneo sarà quella di saper mantenere salda la forza del sindacato come organismo a difesa del lavoro, inteso quest'ultimo come "fondamento" secondo

---

<sup>9</sup> Sul punto si veda G. Zagrebelsky, *Fondata sul lavoro. La solitudine dell'art. 1*, Einaudi Editore, 2013, p. 41.

<sup>10</sup> G. Cazzola, G. Sabella, *L'altra storia del sindacato. Dal secondo dopoguerra agli anni di Industry 4.0*, Rubettino, 2019.

l'insegnamento "costituente" di Giorgio di La Pira<sup>11</sup>. Questi, infatti, durante il dibattito dell'Assemblea costituente nella seduta del 18 ottobre 1946, faceva notare che alla pari di una "casa" in cui i muri maestri poggiano sulle fondazioni, "la struttura sociale della democrazia italiana poggia sul fondamento del lavoro". Ancora oggi, al tempo della globalizzazione, bisogna fare tesoro di questi insegnamenti e difendere il lavoro come "fondamento" della struttura sociale della democrazia.

## ***2. Costituzione e libertà sindacale in Italia***

Il *lavoro* è un diritto. Il lavoro ha sempre rappresentato una esigenza imprescindibile per la vita sociale, in quanto è considerato uno strumento indispensabile per il soddisfacimento dei bisogni vitali.

In ogni epoca della storia, e ancora di più oggi - nella società globale - si avverte la necessità di riconoscere il giusto valore del lavoro come fattore essenziale di civiltà e di progresso materiale (e spirituale), meritevole di tutela in tutte le sue forme e manifestazioni.

Nell'esperienza italiana, archiviato il sistema corporativo del fascismo, lo Stato costituzionale ha riconosciuto la *libertà sindacale* tra i diritti sociali.

Con la crisi del liberalismo, la libertà in Europa si afferma come *libertà di*, non solo come diritto pubblico soggettivo di libertà nei confronti dello Stato (tipica concezione dello stato liberale), ma come diritto/libertà; ecco perché il diritto del lavoro, per potersi

---

<sup>11</sup> Cfr. il dibattito dell'Assemblea costituente in cui l'On.le La Pira faceva notare ai presenti nella seduta del 18 ottobre 1946 che il lavoro doveva essere inteso come "fondamento"; La Pira ricordava che alla pari di una "casa" in cui i muri maestri poggiano sulle fondazioni, così la struttura sociale della democrazia italiana poggia sul fondamento del lavoro, sul punto vedi [http://legislature.camera.it/\\_dati/Costituente/Lavori/I\\_Sottocommissione/sed026/sed026nc.pdf](http://legislature.camera.it/_dati/Costituente/Lavori/I_Sottocommissione/sed026/sed026nc.pdf).

concretizzare esige obblighi di cooperazione dal suo antagonista storico, l'impresa.

In tale contesto la libertà sindacale, quale corollario del diritto del lavoro, si presenta come una libertà positiva che richiede tangibili azioni promozionali da parte dello *Stato sociale*, chiamato a "rimuovere gli ostacoli" e ad assicurare l'uguaglianza sostanziale.

La Costituzione italiana considera il lavoro (bene primario tra i beni primari) come "fondamento della Repubblica democratica, pertanto si deve riconoscere a tutti i cittadini il diritto al lavoro avendo le condizioni che lo rendono effettivo (art. 4). Ne deriva che la libertà sindacale, sia essa positiva che negativa, consente in una società aperta di esprimere al meglio l'idea di uno stato sociale a democrazia pluralista, ponendo al centro la tutela della persona umana come fine ultimo della tutela costituzionale.

Come è noto, l'art. 39 della Costituzione italiana è dedicato al sindacato e alla libertà sindacale. Come affermava La Pira, nella seduta del giorno 11 ottobre 1946 in occasione della seduta dell'Assemblea Costituente in cui si discuteva proprio sul contenuto di questa norma, "i problemi dell'organizzazione del lavoro sono contenuti in questo articolo" e faceva notare che "l'associazione sindacale non è una qualsiasi associazione, ma diventa nella concezione moderna dello stato, un elemento strutturale dell'ordinamento sociale".

A seguito, pertanto, dei lavori della Costituente si giungeva al testo dell'art. 39 che rappresentava una sintesi tra le diverse anime e che si presenta oggi con una disposizione dal seguente tenore:

*L'organizzazione sindacale è libera [cfr. art. 18].*

*Ai sindacati non può essere imposto altro obbligo se non la loro registrazione presso uffici locali o centrali, secondo le norme di legge.*

*E` condizione per la registrazione che gli statuti dei sindacati sanciscano un ordinamento interno a base democratica.*

*I sindacati registrati hanno personalità giuridica. Possono, rappresentati unitariamente in proporzione dei loro iscritti, stipulare contratti collettivi di lavoro con efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce.*

Come ha fatto notare la dottrina, il sistema previsto dai commi 2, 3 e 4 non ha mai trovato applicazione nell'ordinamento italiano, in quanto non è mai stata emanata una legge ordinaria di attuazione che avrebbe dovuto definire sia le modalità che i criteri per la regolamentazione.

La mancata attuazione in Italia dei commi 2, 3 e 4 dell'articolo 39 della Costituzione, assegnando rilevanza esclusiva al principio della libertà sindacale, ha consentito che il nostro sistema di relazioni sindacali si caratterizzasse per l'esistenza di un radicale pluralismo sindacale.

La nostra Costituzione prevede accanto al diritto sindacale anche il diritto di sciopero.

Già Calamandrei, in tempi diversi, ebbe modo di osservare che lo sciopero negli ordinamenti giuridici contemporanei si presentava prima come un reato, poi come una libertà e poi come un diritto<sup>12</sup>. Certo è che secondo l'art. 40 Cost. “*il diritto di sciopero si esercita nell'ambito delle leggi che lo regolano*”<sup>13</sup>; questo “diritto” è frutto di un compromesso tra i padri costituenti, tra

---

<sup>12</sup> P. Calamandrei, *Significato costituzionale del diritto di sciopero*, in Riv. Giur. Lav., 1952, p. 53

<sup>13</sup> M. V. Ballestrero, *Diritto sindacale*, G. Giappichelli editore, 2016, p. 68.

ideologie contrapposte, tra forze e interessi diversi, ancora oggi e spesso in evidente conflitto.

Oltre che nella Costituzione, la libertà sindacale oggi è sancita, e regolata, anche da specifiche disposizioni di legge, in particolare dagli articoli 14, 15, 16 e 17 dello Statuto dei lavoratori.

### ***3. La libertà sindacale in Inghilterra: profili costituzionali***

Le Costituzioni europee sono sostanzialmente Costituzioni sociali, ciascuna delle quali difende il lavoro, promuove i diritti dei lavoratori e garantisce la libertà sindacale.

Come è noto, i primi sindacati, intesi come organizzazioni preordinate alla tutela dell'interesse collettivo dei componenti delle varie categorie di lavoratori, sorgono proprio in Inghilterra, patria appunto del capitalismo, con il nome di "*Trade Unions*"<sup>14</sup>.

Pur mancando una Costituzione scritta nel Regno Unito, è opinione condivisa che sia l'Inghilterra la patria del sindacalismo. Nell'esperienza della Gran Bretagna, il *Trade Union Act* del 1871 rappresenta sostanzialmente l'atto legislativo del Parlamento Westminster con cui, per la prima volta, viene regolato l'organizzazione sindacale nella terra della Corona inglese.

Infatti è proprio durante il 19° secolo, dopo l'abrogazione della *Combination Acts* nel 1824-1825, che i sindacati hanno cominciato ufficialmente ad esistere e a rappresentare i c.d. *salariati* nei luoghi di lavoro. Con il *Trade Union Act* del 1871 è stata assicurata alle associazioni dei lavoratori una personalità giuridica nelle aziende, riconoscendo ai sindacati una particolare autonomia e indipendenza.

Per queste ragioni la citata normativa, modificata nel tempo ed oggi sostituita dal *Trade Unions and Labour Relations (Consolidation) Act* del 1992, costituisce uno dei pilastri fondanti della legislazione storica del diritto del lavoro nel Regno Unito.

---

<sup>14</sup> V. Saba, *Il sindacato come associazione*, Editore Rubbettino, 2001, p.78.

Nel 2000, a seguito dell'entrata in vigore dello *Human Rights Act* del 1998, il sistema normativo britannico ha subito un profondo cambiamento, determinato proprio dall'introduzione di uno *statute* che sostanzialmente ha fatto della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo un vero e proprio *Bill of Rights*, in un modello giuridico caratterizzato dal dominio del *common law* e dall'assenza di una Costituzione scritta. Dal punto di vista del diritto costituzionale contemporaneo, il c.d. *Human Right Act*, (rinviando all'art. 11 della CEDU) ha riconosciuto la *libertà di riunione e di associazione* in sindacati a tutti i cittadini, orientamento condiviso dalla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo e dalle corti nazionali.

#### ***4. Costituzione e libertà sindacale in Germania.***

La Costituzione tedesca (*Grundgesetz*) tutela e riconosce all'art. 9 la libertà di associazione. Al terzo comma si dispone che il diritto di formare associazioni per la salvaguardia e il miglioramento delle condizioni economiche e del lavoro è garantito a ognuno e in ogni professione.

Gli accordi che tentano di limitare o escludere tale diritto sono nulli e sono illecite le misure adottate a tale scopo<sup>15</sup>.

Da questa disposizione sono state ricavate alcune importanti conseguenze, attraverso un diritto c.d. "pretori" o giurisprudenziale. Innanzitutto, nel sistema tedesco<sup>16</sup> non esiste una legislazione sulla rappresentatività sindacale.

---

<sup>15</sup> A. De Petris, *La concertazione in Germania: un'opportunità perduta per opportunismo*, in R. Pessi (a cura), "Europa e Concertazione: modelli a confronto", Cedam, 2009, p. 259.

<sup>16</sup> G. Graziani (a cura di), *La strada e l'associazione: modelli ed esperienze sindacali a confronto tra Germania e Italia*, Edizioni Agrilavoro, 2012

La garanzia giuridica dei diritti sindacali e la loro tipologia è stata elaborata dalla giurisprudenza proprio sulla base dell'art. 9, comma 3 della Costituzione tedesca.

Sotto questo profilo vi è un'analogia con l'Italia, ove vi è stata una relevantissima elaborazione scientifica e giurisprudenziale, sulla base del 1° comma dell'art. 39 (l'organizzazione sindacale è libera). I sindacati italiani, tuttavia, per quanto riguarda i diritti sindacali hanno potuto fare riferimento anche ai contenuti della legge n. 300 del 1970, che non ha equivalente in Germania<sup>17</sup>.

È noto che la Costituzione tedesca, non soltanto garantisce la libertà individuale di associazione, ma protegge anche i gruppi organizzati allo scopo di tutelare e promuovere le condizioni di lavoro dei loro membri<sup>18</sup>. Pertanto, se ne deduce che l'art. 9, 3 comma del Grundgesetz garantisce anche la libertà di contrattazione collettiva o l'autonomia collettiva.

In assenza di una indicazione normativa, la nozione di diritto sindacale in Germania è stata fornita dalla giurisprudenza ed, in particolare, dalla Corte federale del lavoro, che ha dovuto contemperare due confliggenti interessi: da una parte quello di avere organizzazioni sufficientemente forti da garantire risultati nella contrattazione collettiva, e dall'altra quello di consentire anche alle nuove organizzazioni sindacali di operare.

Ai sensi dell'art. 9, 3 comma, un'associazione sindacale deve essere indipendente dal suo antagonista sociale (l'impresa); e

---

<sup>17</sup> La Confederazione con il maggior numero di aderenti è la *Deutsche Gewerkschaftsbund* (DGB) che comprende due sindacati tedeschi: vale a dire il c.d. *IG Metall* e il sindacato *Verdi Dienstleistungsgewerkschaft*. Anche in Germania, così come si dirà per la Francia, il tasso di sindacalizzazione è tra i più bassi d'Europa (circa il 20% della popolazione attiva) ed è in calo rispetto ai livelli dei primi anni Novanta, quando ancora non si avvertiva la crisi nelle roccaforti tradizionali del sindacato, manifattura e pubblico impiego.

<sup>18</sup> È, questa, una impostazione comune nei diversi ordinamenti in cui è previsto l'espreso riconoscimento legislativo della libertà sindacale: la garanzia concerne i singoli e i gruppi organizzati.

soprattutto deve essere indipendente dai terzi, in particolare dallo Stato e dai partiti politici, anche se “separazione”, soprattutto dai partiti politici, non significa neutralità.

Secondo la dottrina, la rappresentanza degli iscritti attribuisce al sindacato la competenza esclusiva in materia di contrattazione collettiva, il cui iter decisionale si svolge all’interno delle strutture di rappresentanza cui compete la validazione dei contratti stipulati, anche attraverso referendum riservati agli iscritti, laddove lo statuto lo prevede.

Si deve evidenziare, inoltre, che una caratteristica importante della struttura sindacale tedesca è la presenza di un sindacalismo unitario, nel quale confluiscono le differenti componenti politiche ed ideologiche.

### ***5. La libertà sindacale nella Costituzione della Grecia.***

La Costituzione greca del 9 giugno 1975 riconosce e garantisce espressamente, nell’art. 23, la *libertà sindacale* per tutti i cittadini. A norma del primo comma di questo articolo, lo Stato deve adottare le misure appropriate per assicurare la libertà sindacale e il libero esercizio dei diritti ad essa collegati contro qualsiasi pregiudizio, entro i limiti prefissati della legge. Con questa disposizione la Costituzione prevede la libertà sindacale e allo stesso tempo pone allo Stato l’obbligo di adottare misure idonee per garantirne il libero esercizio. In questa prospettiva è la legge ordinaria che regola i presupposti per la formazione di una organizzazione, per il funzionamento e lo svolgimento delle attività dei sindacati. Il comma 2 dello stesso articolo prevede il diritto di sciopero esercitato dalle associazioni sindacali legalmente costituite, in vista della difesa e del miglioramento degli interessi economici e professionali dei lavoratori. Tale disposizione va letta congiuntamente con l’art. 12 che prevede il diritto di ciascun cittadino di associarsi liberamente, costituirsi ed

organizzarsi collettivamente, o formare associazioni sindacali. La Costituzione greca contiene, dunque, un esplicito riferimento al diritto al lavoro considerato un diritto uguale per tutti senza alcuna limitazione o restrizione (art. 22, comma 1)<sup>19</sup>; la stessa norma disciplina (al comma 2) anche la contrattazione collettiva. Fino all'entrata in vigore della Costituzione del 1975 le condizioni di funzionamento dei sindacati erano disciplinate da alcune leggi specifiche; attualmente la struttura dei sindacati<sup>20</sup>, il ruolo di queste organizzazioni e il loro funzionamento esterno sono regolati dalla legge n. 1264 del 1982 “*sulla democratizzazione del movimento sindacale*”.

## ***6. Costituzione e libertà sindacale in Spagna***

La storia del sindacalismo spagnolo nei tempi moderni è fortemente legata al superamento del regime franchista; un processo che ha accompagnato la transizione democratica sino a sancire, con l'approvazione della Costituzione del 1978<sup>14</sup>, il riconoscimento del diritto del lavoro e il principio del pluralismo sindacale. In Spagna il diritto sindacale è un corollario del diritto del lavoro riconosciuto all'art. 35 della Costituzione che afferma il diritto-dovere di lavorare e di godere di una remunerazione sufficiente per soddisfare le proprie necessità e quelle della propria famiglia, senza discriminazione per ragioni di sesso. Sul piano storico l'originaria politica sindacale, tendente all'unitarismo, ha subito progressivamente una profonda trasformazione e, con l'entrata in vigore della Costituzione, si sono

---

<sup>19</sup> Cfr. l'art. 22 della Costituzione secondo cui “*Tutti i lavoratori, indipendentemente dal sesso o altre distinzioni, hanno diritto ad eguale retribuzione per lavoro di pari valore*”.

<sup>20</sup> Le due più importanti organizzazioni sindacali in Grecia sono il GSEE e l'ADEDY. Il tasso di sindacalizzazione in Grecia (30% circa dei lavoratori dipendenti) è basso rispetto al resto d'Europa e sembra ostacolare il ruolo del movimento sindacale: cfr. G. Kouzis, *The characteristics of the Greek trade union movement. Deviations and convergences with the European area*, Gutenberg, 2007.

riconosciuti i sindacati come istituzioni fondamentali dello Stato sociale e democratico soggetti solo alla legge (articolo 7); per questo motivo, nell'alveo delle libertà fondamentali, si sono riconosciuti a tutti in cittadini i diritti sindacali (artt. 28 e 37 della Costituzione spagnola). La Costituzione spagnola riconosce e garantisce il diritto alla libertà sindacale ed alla libera iscrizione ad un sindacato, nonché il diritto alle trattative collettive sul lavoro tra i rappresentanti dei lavoratori e gli imprenditori. Questo diritto è espressione dei valori fondamentali riconosciuti nell'articolo 1, comma 1, della Costituzione del '78<sup>21</sup>, secondo cui la Spagna è uno Stato sociale e democratico che riconosce come valori fondamentali dell'ordinamento giuridico *la libertà, la giustizia, l'eguaglianza e il pluralismo politico*. All'articolo 22 della Costituzione spagnola è riconosciuto il più ampio diritto di associazione; mentre secondo l'articolo 28 "*Tutti hanno diritto di associarsi liberamente in sindacati*". Sono previsti dalla legge limiti "*per le Forze o Corpi Armati sottoposti a disciplina militare*" e specifiche modalità e peculiarità di esercizio per i pubblici funzionari. Alla stregua delle citate disposizioni è chiaro che, così come avviene in Italia e negli altri paesi democratici d'Europa, anche in Spagna la libertà sindacale comprende due dimensioni: quella *positiva* e quella *negativa*.

Da un lato, infatti, è previsto il diritto a costituire sindacati così come anche il diritto dei sindacati a formare confederazioni e a costituire organizzazioni sindacali internazionali; dall'altro è stabilito che "*nessuno potrà mai essere obbligato ad iscriversi a un sindacato*". In questo quadro costituzionale, il ruolo e le attività del sindacato in Spagna sono oggi regolati dallo "*Statuto dei lavoratori*" (la legge n. 8/1980) e dalla Legge organica sulla libertà sindacale del 1985 (*Ley Organica de Libertad sindical*); spetta a queste norme quadro e alle disposizioni di dettaglio

---

<sup>21</sup> J. Torre Santos, *Transizioni democratiche e relazioni sindacali: l'uscita dalle dittature fascista e franchista*, reperibile su <http://www.unibs.it/sites/default/files/ricerca/allegati/1182torre.pdf>.

garantire la tutela sostanziale e processuale dei lavoratori nel rispetto della Costituzione democratica.

In questo quadro, la giurisprudenza del *Tribunal Constitucional* (TC) ricollega la necessità di consentire al sindacato di svolgere anche in giudizio la propria funzione di rilievo costituzionale, di rappresentanza e tutela degli *intereses colectivos de los trabajadores* al principio di effettività della tutela giurisdizionale della Costituzione spagnola.

Al sindacato deve essere garantita la possibilità di esercizio effettivo delle proprie funzioni di difesa e promozione degli interessi economici e sociali dei lavoratori anche in giudizio.<sup>22</sup> L'unico limite che si riscontra è costituito dall'esigenza per il giudice di accertare la sussistenza di una connessione o di collegamento chiaro fra l'organizzazione sindacale ricorrente e la pretesa fatta valere.

## ***7. La libertà sindacale nella Costituzione francese***

In Francia, il sindacato costituisce un'associazione che agisce per la difesa o la gestione dei comuni interessi dei lavoratori<sup>23</sup>.

La tutela del lavoro e del diritto sindacale trova la sua fonte primaria nella Costituzione; nel preambolo della Costituzione francese del 1958 si legge che "*Ognuno ha il dovere di lavorare e il diritto di ottenere un'occupazione. Nessuno può essere danneggiato, nel suo lavoro o nel suo impiego, a causa delle sue origini, opinioni, credenze o religioni*"<sup>24</sup>.

La Costituzione riconosce e garantisce la libertà sindacale, infatti nel preambolo è stabilito che "*Ogni uomo può difendere i suoi diritti e i suoi interessi mediante l'azione sindacale, e aderire al*

---

<sup>22</sup> F. Bentivogli, *Spagna, sindacato e democrazia*, Editore Robin, 1976, p. 35.

<sup>23</sup> L. Colella, *Il politico*, op. cit.

<sup>24</sup> L. Colella, *Il politico*, op. cit..

*sindacato di sua scelta. Il diritto di sciopero si esercita nel quadro delle leggi che lo regolano*"<sup>25</sup>.

La libertà di associazione sindacale è al centro (*au coeur*) dei diritti fondamentali dei lavoratori, perchè consente di realizzare la democrazia nei rapporti di lavoro; si tratta di una libertà costituzionalmente protetta, comprendente due dimensioni principali.

In primis la libertà sindacale positiva, ovvero il diritto di aderire individualmente ad un sindacato per difendere i propri diritti ed interessi; la libertà sindacale, contestualmente, è anche una libertà collettiva, ovvero una libertà che consente ai gruppi di creare, costituire e agire attraverso un sindacato professionale.

La dottrina francese ritiene infatti che la Costituzione del 1958 contempli sia la libertà di aderire ad un sindacato (libertà individuale), che la libertà di agire collettivamente per mezzo dei sindacati (libertà collettiva).

Una seconda dimensione della libertà sindacale è la libertà negativa, ovvero il diritto di non aderire a nessun sindacato, prevedendo il diritto di astenersi da qualsiasi azione sindacale.

Nonostante una legge del 1884 abbia previsto, per la prima volta, la libertà di associazione sindacale, questa libertà è stata riconosciuta nell'ordinamento giuridico francese come *diritto fondamentale* proprio dal comma 6 del Preambolo della Costituzione del 1946.

Questa norma stabilisce espressamente che ogni cittadino può difendere i propri diritti ed interessi attraverso l'azione sindacale.

Il 16 luglio 1971 il Conseil Constitutionnel, in qualità di giudice custode della Costituzione, ha conferito alla libertà di associazione valore costituzionale; a partire dal 1971, infatti, la libertà di associazione sindacale ha trovato posto nel "*blocco di costituzionalità*"<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> S. Sciarra, *Contratto collettivo*, F. Angeli, 1985.

<sup>26</sup> T. Treu, *Studi di relazioni industriali negli anni 70*, il Mulino, 1984.

La libertà di associazione sindacale è oggi oggetto di rilevante protezione sovranazionale sia in seno all'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL) che a livello europeo; accanto alla libertà sindacale, la Costituzione francese assicura anche il diritto di sciopero, sancito nel Preambolo.

La Francia è un sistema fortemente giuridificato e tradizionalmente centralistico, anche se, come nel sistema politico, pure nel sistema sindacale assistiamo ad una certa tendenza al decentramento, infatti è tra i Paesi della "vecchia" Europa che ha il più basso tasso di sindacalizzazione (meno del 10% dei lavoratori subordinati è sindacalizzato e, se si considerano i solo lavoratori del settore privato, la percentuale è dell'8%).

Riassumendo, possiamo affermare che il preambolo della Costituzione francese riconosce la libertà sindacale, nella quale si ritengono compresi la libertà di contrattazione collettiva e il diritto di sciopero.

Nel testo costituzionale non compaiono invece né norme sulla rappresentanza e sulla rappresentatività sindacale, né norme sulle condizioni per l'attribuzione di efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi; ciò ha fatto sì che la materia della democrazia sindacale e della contrattazione collettiva potesse essere liberamente e dettagliatamente regolata dal legislatore francese, a differenza di quanto ha potuto fare il legislatore italiano.

### **8. Il modello francese e la “*démocratie sociale*”**

Come abbiamo avuto già modo di segnalare in altre occasioni, il sindacato francese ha conosciuto un processo evolutivo articolato in diverse fasi:

- 1) la fase della c.d. conquista della libertà sindacale;
- 2) il tempo dell'unità sindacale;
- 3) ed, infine, il periodo del pluralismo sindacale.

Il primo periodo si riscontra con l'*Ancien régime* ed è terminato nel 1884; in questa fase il potere politico è prevalentemente ostile ai movimenti dei salariati, e solo con la legge del 21 marzo 1884 viene consacrato il diritto sindacale e vengono annullati gli effetti della legge *Le Chapelier* del 1791.

La legge del 21, individua nei sindacati quelle associazioni professionali aventi l'obiettivo di regolare l'azione sindacale e di evitare la c.d. " *anomie sociale*", per favorire attraverso la regolamentazione del suo carattere istituzionale e la funzione di mediazione delle sue strutture, la pace e la conciliazione sociale<sup>27</sup>.

Il secondo periodo inizia con l'attuazione delle norme che riconoscono efficacia all'azione sindacale, dall'1884 sino al 1994.

Il principio del pluralismo sindacale è riconosciuto in Francia solo nel 1919, infatti, insieme alla CGT ( *Confédération Général du Travail*), si creano ulteriori movimenti di tutela dei lavoratori; nasce la CFT (*Confédération on Francoise des Travailleurs Chrétiens*) nel 1919 e nel 1921 la CGT si divide in due sbocchi dando vita alla CGT-U, unificandosi nel 1936.

Possiamo affermare che il sindacato francese si struttura intorno a due poli; da un lato si assiste alla nascita dei movimenti sindacali c.d. " *ouvrier*" o aperti come la CGT e la FO, di ispirazione socialista o anarchica, dall'altro lato si diffonde l'idea dello spirito cattolico, con l'avvento della CFTC e della CFDT, ideologicamente informate al cattolicesimo sociale.

Ma con la Costituzione del 1946, e poi quella del 1958, si assiste all'approvazione della libertà sindacale come valore costituzionale della Repubblica, assicurando senza riserve il principio del pluralismo sindacale; si afferma la libertà di scegliere liberamente un sindacato piuttosto che un altro.

L'art. 2131-2 del *Code du travail* afferma come un sindacato possa realizzarsi liberamente rispettando le condizioni formali e sostanziali previste dalla legge.

---

<sup>27</sup> G. Zangari, *Diritto sindacale comparato dei paesi ibero-americani*, Editore Giuffrè, 1990 p. 36.

Negli ultimi 20 anni si riscontrata in tutta l'Europa una riduzione della tutela sindacale tradizionale; le cause di questa crisi o del c.d. ripiegamento dell'azione sindacale devono essere individuate non solo in quei fattori di natura strutturale, politico-sociale e culturale, ma anche negli effetti della globalizzazione dei mercati, nella liberazione delle imprese, nella mobilità dei mercati produttivi e finanziari, dei servizi e del lavoro.

Il diritto del lavoro ha subito molte riforme dalla metà degli anni '80, in particolare la sua architettura è stata profondamente cambiata nell'ultimo decennio<sup>28</sup>.

Alla velocità delle delocalizzazioni industriali e alla flessibilità del lavoro segue un indebolimento dei sindacati e della capacità contrattuale dei lavoratori.

Le organizzazioni sindacali confederali in Francia vanno sempre di più perdendo, nella società post-industriale globalizzata, la rappresentanza di una collettività a composizione sociale più o meno omogenea che non è più in grado di tradursi in azione sindacale.

Proprio per il basso tasso di sindacalizzazione dei lavoratori, il legislatore francese ha avviato il processo riformatore della legislazione sindacale, con l'obiettivo di assicurare la "*modernisation du droit du travail*" e far fronte alla crisi della rappresentanza sindacale.

Ma la vera e propria riforma sindacale è stata decisa nel 2008 con una revisitazione dei criteri legali e annullando ogni forma di disuguaglianza e discriminazione tra organizzazioni storiche e nuovi sindacati; il legislatore francese ha eliminato la distinzione legale e le differenze tra organizzazioni con rappresentatività presunta e rappresentatività provata o da provare, avendo stabilito che tutti i sindacati devono conquistare la propria legittimazione attraverso il voto, ovvero la c.d. "*audience*"<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> J. Porta, *Le droit du travail en changement. Essai d'interprétations*, DARES, Travail et emploi, 2019/2 n° 158, p. 95-132

<sup>29</sup> C. Lazzari, *Rapporti di collaborazione e tutela collettiva: i primi tentativi di regolazione sociale*, 2001, pag. 57 ss.

Il criterio di voto conferisce rappresentatività, legittimazione e potere ai sindacati, al fine di negoziare con i rappresentati degli imprenditori.

La riforma sindacale del 2008 ha inserito novità in tema di contrattazione collettiva; infatti in Francia i sindacati e le organizzazioni degli imprenditori partecipano congiuntamente, in base al principio "*du paritarisme*", alla gestione degli organismi sociali e dei servizi collettivi, come la sicurezza sociale, la lotta contro la disoccupazione, i fondi pensione e la formazione professionale.

Possiamo individuare tre momenti molto importanti del percorso evolutivo della normativa in materia di contrattazione collettiva; nella prima fase si riscontra il passaggio da un modello centralizzato a quello più decentrato, la seconda fase è iniziata con la *legge Fillon* del 2004, con cui si è consentito ai contratti aziendali di derogare quelli di livello territoriale o professionale più elevati; invece l'evoluzione legislativa in tema di concertazione si ritrova nella terza fase.

Fino al 2008, in applicazione del decreto del 31 marzo 1966, cinque sindacati dei dipendenti erano considerati rappresentativi senza dover fornire prove (schema di presunzione inconfutabile). La rappresentanza dell'Unione dà il diritto di negoziare e concludere accordi in tutti i settori.

La legge del 20 agosto 2008 stabilisce sette criteri cumulativi per determinare il carattere rappresentativo:

- rispetto dei valori repubblicani;
- indipendenza;
- trasparenza finanziaria;
- due anni di servizio sindacale;
- influenza caratterizzata da attività ed esperienza;
- presenza di personale e contribuzione;
- elezioni professionali e rappresentatività.

Secondo questa legge la soglia di rappresentatività è dell'8% dei voti a livello nazionale e interprofessionale, il 10% nelle aziende.

Durante le sessioni elettorali tenutesi tra il 2009 e il gennaio 2013 più di cinque milioni di lavoratori hanno partecipato alla scelta dei propri delegati aziendali: un momento fondamentale di partecipazione e rafforzamento della legittimità dei sindacati come strumento di “dialogo sociale”. I dati ministeriali del 2013 hanno confermato che i cinque maggiori sindacati sono le organizzazioni più rappresentative a livello nazionale; il primo sindacato risulta essere la Confédération Générale<sup>30</sup>.

In questa cornice, l’attuale panorama sindacale francese ha saputo ben interpretare le riforme in atto utilizzando il dialogo sociale come pilastro del processo riformatore; tuttavia l’universo sindacale appare oggi molto frammentato ed è sicuramente il frutto delle lotte sindacali del 20° secolo<sup>31</sup>.

Nell’ambito dei processi di riforma concernenti il mondo del lavoro si segnala la *Loi n.° 288* del 5 marzo 2014, in materia di *formazione professionale, occupazione e democrazia sociale*. Questa normativa, ha costituito, senza dubbio, un’ulteriore tappa fondamentale del lungo ed articolato iter riformatore avviato già nel 2008 con la legge sulla “rappresentanza sindacale”.

Il sindacato, da strumento per garantire la *pace sociale*, diventa dunque strumento di *democrazia sociale*, capace non solo di regolare i conflitti, ma anche di costruire le relazioni idonee a favorire lo sviluppo della consultazione e del confronto<sup>32</sup>. *I punti*

---

<sup>30</sup> M. Magnani, *Il diritto sindacale europeo e comparato*, Giappichelli Editore, 2015, pag. 140 ss.

<sup>31</sup> Nella elezione sindacale effettuata nel 2017, cinque confederazioni sindacali sono risultate più rappresentative a livello nazionale: la Confederazione democratica del lavoro francese (CFDT) con il 26,37% dei voti; la Confederazione generale del lavoro (CGT) con il 24,85%; Forza lavoro (FO) con il 15,59%; la Confederazione generale dei dirigenti (CFE-CGC) con il 10,67%; la Confederazione francese dei lavoratori cristiani (CFTC) con il 9,49.

<sup>32</sup> Il disegno di legge sulla formazione professionale, l’occupazione e la democrazia sociale, introdotto in seguito all’accordo interprofessionale nazionale per la formazione professionale del 14 dicembre 2013, è stato approvato e pubblicato in tempi record il 6 marzo 2014 e costituisce, secondo il Ministro del lavoro, “*il successo di un dibattito parlamentare di alta qualità, in tempi brevi e che conferma il successo di un metodo, il dialogo sociale alla francese*”.

chiave della riforma del 2014 erano essenzialmente la *formazione professionale*, la *riforma dell'apprendistato*, il *decentramento*, la *riforma del finanziamento della formazione professionale*, ed, infine, la *democrazia sociale*. Il Titolo II della nuova normativa, dedicato alla c.d. “*démocratie sociale*”, ha indicato i nuovi criteri per la rappresentanza dei datori di lavoro (introducendo il criterio del voto alla pari dei sindacati), inserendo modifiche all'art. L. 2151-1 del *Code du Travail* in materia di *représentativité patronale*.

### **9. La “*démocratie sociale*” (in tensione) ai tempi della globalizzazione: “*le dialogue social*” in Francia**

Una fase importante del processo volto alla realizzazione di una *democrazia sociale* più matura in Francia è sicuramente iniziata nel 2012 ed è tuttora in corso. Nell'ultimo decennio è iniziato un periodo di importanti riforme che hanno modificato di gran lunga le *droit du travail* e che possono essere intese come il diritto del lavoro del cambiamento. In una breve sequenza di alcuni anni, si pensi alle leggi sulla sicurezza del lavoro del 2013<sup>33</sup>, alla già citata legge relativa alla formazione professionale, all'occupazione e alla democrazia sociale del 2014<sup>34</sup>, alla legge Macron<sup>35</sup>, alla loi Rebsamen del 2015<sup>36</sup>, alla loi Travail del 2016<sup>37</sup>, e alle ordinanze Macron del 2017: tutte nuove norme che hanno profondamente cambiato l'architettura della regolamentazione dei rapporti di lavoro subordinato.

---

<sup>33</sup> Loi no 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

<sup>34</sup> Loi no 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale.

<sup>35</sup> Loi no 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

<sup>36</sup> Loi no 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi.

<sup>37</sup> Loi no 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

In questa cornice normativa si è inteso richiamare alcuni tratti salienti del percorso normativo del “cambiamento”, analizzando in particolare alcuni aspetti fondamentali per la costruzione della democrazia sociale francese che hanno posto l’accento sull’importanza del “*dialogue social*” come nuovo metodo di confronto tra le parti sociali e le istituzioni.

Secondo l'*Organisation internationale du Travail* (OIT), il dialogo sociale comprende tutti i tipi di negoziazione, consultazione e scambio di informazioni tra i rappresentanti del governo, datori di lavoro e lavoratori su argomenti di interesse comune in materia di politiche economiche e sociali<sup>38</sup>. Si tratta di un meccanismo ispirato al c.d. *tripartisme*<sup>39</sup>, ovvero al dialogo tra lavoratori, datori di lavoro e istituzioni: una relazione necessaria per raggiungere il progresso sociale ed economico, ma anche uno strumento che conferisce ai lavoratori l’opportunità di essere ascoltati e di influenzare le politiche sociali e del lavoro. A livello internazionale e nazionale, un numero importante di disposizioni, convenzioni e raccomandazioni richiedono espressamente che si svolgano consultazioni con le parti sociali e sia assicurato il dialogo sociale a tutela del diritto del lavoro.

Dei 187 Stati membri dell’OIT, 161 (85%) si fondano sul dialogo sociale, per non parlare dei meccanismi di dialogo sociale incentrati su temi specifici.

Il numero di istituzioni e meccanismi di dialogo sociale ha registrato una crescita senza precedenti, grazie alla promozione e

---

<sup>38</sup> Cfr. Rapport VI, *Dialogue social et tripartisme*, Conférence internationale du Travail, 107e session, 2018, Bureau international du Travail.

<sup>39</sup> In altri termini secondo l’OIT “*Le dialogue social au plus haut niveau, auquel prennent part les gouvernements et les organisations nationales d’employeurs et de travailleurs, peut contribuer à la formulation et à l’adoption de politiques sociales ou économiques et de politiques du travail, et s’appliquer à tous les processus décisionnaires ayant une incidence sur le lieu de travail ou les intérêts des employeurs et des travailleurs*”.

alla ratifica della Convenzione sulla consultazione tripartita (norme internazionali sul lavoro) del 1976 (n. 144)<sup>40</sup>.

Dopo la crisi economica globale (2013), i primi paesi dell'UE intervenuti per rafforzare il dialogo sociale sono stati la Germania, la Francia, i Paesi Bassi, la Slovacchia e la Svezia.

In Francia, con la prima *Grande Conférence sociale* del 2012 è iniziato un percorso di nuova collaborazione tra istituzioni e parti sociali che si è conclusa a luglio 2015 con l'approvazione della legge sul *dialogue social et à l'emploi*. Questa legge, conosciuta come *Loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi*, pubblicata nella Gazzetta ufficiale il 18 agosto 2015, è stato il risultato di un percorso di grande confronto tra parti sociali e istituzioni nazionali e territoriali.

Dal testo del progetto di legge, presentato al Parlamento francese il 22 aprile 2015, emerge a chiare lettere che “*Le dialogue social est ainsi au cœur de notre contrat social, comme le rappellent les termes du Préambule de la Constitution de 1946, «tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses représentants, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises»*”<sup>41</sup>.

Dopo un velocissimo iter parlamentare, il testo del disegno di legge è stato adottato in lettura finale dall'Assemblea nazionale il 23 luglio 2015<sup>42</sup>. Numerosi accordi interprofessionali nazionali,

---

<sup>40</sup> Nel luglio 2017, questa Convenzione era stata ratificata da 139 paesi, di cui 6 nel 2013, vale a dire Comore, Marocco, Panama, Federazione Russa, Tagikistan e Tunisia: un totale complessivo di circa il 75% degli Stati membri dell'OIL. Il numero più elevato di ratifiche (88%) c'è stato in Europa e in Asia centrale, seguono quelli delle Americhe (86 per cento), dell'Africa (74 per cento), dell'Asia e Pacifico (55 per cento) e infine del Medio Oriente (40 per cento).

<sup>41</sup> Vedi il testo iniziale del progetto di legge.

<sup>42</sup> Presentato al Consiglio dei Ministri il 22 aprile 2015 da Marisol Touraine, Ministro degli affari sociali, della salute e dei diritti delle donne e da François Rebsamen, Ministro del lavoro, occupazione, formazione professionale e dialogo sociale, è stato adottato in prima lettura, con modifiche, dall'Assemblea nazionale il 2 giugno 2015, quindi con modifiche da parte del Senato il 30 giugno 2015, cfr. Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi publiée au Journal Officiel du 18 août 2015.

trasposti in legge, hanno segnato questo inizio del nuovo percorso: il contratto di generazione, la sicurezza del lavoro, la riforma della formazione professionale, i fondi per la disoccupazione, la qualità della vita sul lavoro. Con la legge del 2015, in particolare, si è inteso semplificare il *dialogo sociale* e consentire alle aziende con un numero di dipendenti compreso tra 50 e 300, di riunire, su iniziativa del datore di lavoro, rappresentanti del personale, comitato aziendale (CE) e comitato per la salute, la sicurezza e le condizioni di lavoro (CHSCT) all'interno di "una delegazione unica del personale" (DUP). Per le aziende con più di 300 dipendenti è stato previsto di firmare un accordo a maggioranza per poter raggruppare questi enti; si introduce, inoltre, un diritto universale alla rappresentanza per i dipendenti di piccole imprese con meno di 11 dipendenti tramite comitati congiunti regionali.

Di recente, con la *loi d'habilitation* n. 1340 del 15 settembre 2017<sup>43</sup> si è cercato di rafforzare ancora di più il *dialogo sociale*: con questa legge del Parlamento, il Governo è stato autorizzato ad adottare ordinanze al fine di riconoscere e assegnare un posto centrale alla contrattazione collettiva, in particolare la contrattazione aziendale, nell'ambito delle disposizioni applicabili ai datori di lavoro e ai dipendenti di cui all'articolo L. 2211-1 del *Codice del lavoro*. Questa legge contiene, appunto, dieci articoli, sette dei quali autorizzano, ai sensi dell'articolo 38 della Costituzione, il governo a emanare delle ordinanze per adottare misure volte a rafforzare il dialogo sociale e rafforzare la contrattazione collettiva, istituire una nuova organizzazione del

---

<sup>43</sup> Cfr. Loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social. Vedi in particolare anche l'*Ordonnance du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales*.

dialogo sociale nell'azienda, rafforzare la prevedibilità e garantire i rapporti di lavoro<sup>44</sup>.

La legge n. 2017-1340 del 15 settembre 2017, ha autorizzato ad adottare misure per rafforzare il dialogo sociale ed in particolare:

- riconoscere e assegnare un posto centrale alla contrattazione collettiva, soprattutto la contrattazione societaria, nell'ambito delle disposizioni applicabili a datori di lavoro e dipendenti, in materia di rapporti di lavoro individuali e collettivi, occupazione e formazione professionale;
- favorire le condizioni per l'attuazione della contrattazione collettiva e promuoverne lo sviluppo;
- istituire una nuova organizzazione del dialogo sociale all'interno dell'azienda e promuovere le condizioni per l'istituzione e l'esercizio delle responsabilità sindacali, applicabili a datori di lavoro e dipendenti;
- garantire il rapporto di lavoro e/o gli effetti della sua risoluzione;
- modificare, ai fini della semplificazione, le norme riguardanti condizioni di lavoro difficili e di rischio professionale, misure per rispettare obblighi di comunicazione, metodi di prevenzione, metodi di riconoscimento e compensazione per lavori rischiosi.

In questo periodo caratterizzato dalle proteste da parte dei *gilets jaunes*<sup>45</sup>, la Francia ha fatto della tutela dell'occupazione un

---

<sup>44</sup> Cfr. Ordonnance no 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective ; ordonnance no 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales ; ordonnance no 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail ; ordonnance no 2017-1388 du 22 septembre 2017 portant diverses mesures relatives au cadre de la négociation collective ; ordonnance no 2017-1389 du 22 septembre 2017 relative à la prévention et à la prise en compte des effets de l'exposition à certains facteurs de risques professionnels et au compte professionnel de prévention., vedi A. Perulli, *Les ordonnances Macron et le Jobs Act : valeurs et fonctions dans le nouveau paradigme du droit du travail*, in *Droit social*, no 1/2018, pp. 86-89.

<sup>45</sup> Cfr. l'articolo *Gilets jaunes, ils parlent du travail*, articolo del 30/04/2019 reperibile in <https://www.la-croix.com/France/Gilets-jaunes-parlent-travail-2019-04-30-1201018806>.

obiettivo principale dell'azione di governo, utilizzando il *dialogo sociale* come principale metodo di intervento.

Con la loi n° 2018-217 del 29 marzo 2018 sono state ratificate le ordinanze emanate ai sensi della legge n° 2017-1340, adottate per rafforzare il dialogo sociale<sup>46</sup>. In questa cornice è stata emanata la *Loi Pacte*, loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 *relative à la croissance et la transformation des entreprises*<sup>47</sup>, che costituisce un altro testo legislativo volto essenzialmente a facilitare ed eliminare un certo numero di formalità che incombono sulle imprese per rispondere così alle esigenze del mercato del lavoro e dell'occupazione.

Sembra ispirarsi al *dialogo sociale* anche la legge n. 2019-828 del 6 agosto 2019 sulla trasformazione del servizio pubblico, che pone le basi per una profonda ristrutturazione del quadro di gestione delle risorse umane nel settore del pubblico impiego<sup>48</sup>. Si tratta di una riforma che ha segnato una profonda trasformazione del servizio pubblico, conformemente ai suoi valori e principi. Attraverso questa grande riforma, si intende costruire il servizio pubblico del 21° secolo, più agile, più aperto e più attraente, con servizi pubblici più efficienti e più vicini ai territori. Questo progetto, le cui linee principali sono state annunciate il 1° febbraio 2018, è il frutto di un intero anno di consultazione: nel

---

<sup>46</sup> Si veda le ordinanze n. 2017-1385 del 22 settembre 2017 relative al rafforzamento della contrattazione collettiva, la n° 2017-1386 del 22 settembre 2017 relative alla nuova organizzazione del dialogo sociale ed economico nell'azienda e alla promozione e al rafforzamento delle responsabilità sindacali, la n. 2017-1387 del 22 settembre 2017 in materia di prevedibilità e sicurezza dei rapporti di lavoro, la n. 2017-1388 del 22 settembre 2017 in relazione a varie misure relative al quadro della contrattazione collettiva, la n. 2017-1389 del 22 settembre 2017 sulla prevenzione e la presa in considerazione degli effetti dell'esposizione a determinati fattori di rischio professionale.

<sup>47</sup> "Pacte" è l'acronimo di "Piano d'azione per la crescita e la trasformazione del business".

<sup>48</sup> Cfr. la Loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique est parue au Journal officiel du 7 août 2019. Il Consiglio costituzionale ha approvato integralmente, il 1° agosto 2019, il disegno di legge sulla trasformazione del servizio pubblico.

2018 sono stati organizzati circa cinquanta incontri con le nove organizzazioni e rappresentanze sindacali del servizio pubblico, comunità locali e datori di lavoro ospedalieri<sup>49</sup>. Il primo pilastro della legge è proprio quello di promuovere un dialogo sociale strategico nel rispetto delle garanzie dei funzionari pubblici, rafforzando la *governance* del dialogo sociale nel settore pubblico e sviluppare così l'uso della contrattazione collettiva nel servizio pubblico.

Siffatte considerazioni dedicate ad alcune misure che costituiscono il complesso quadro normativo francese in materia, consentono di affermare che il metodo del “dialogo sociale” ha rappresentato l’approccio prevalente utilizzato dal legislatore d’oltralpe; siffatto modello partecipativo ha consentito progressi concreti grazie proprio all’esercizio pieno della libertà sindacale a tutti i livelli e che ha portato alla riforma delle pensioni, alla legge sulla formazione professionale, alla normativa sulla sicurezza sul lavoro e agli altri interventi finalizzati alla tutela dei lavoratori.

## **10. Brevi conclusioni**

Nell’era del *global age* la libertà di organizzazione sindacale è garanzia del diritto al lavoro. Essa deve essere intesa anche come libertà dei singoli di scegliere l’organizzazione sindacale alla quale aderire e perfino come libertà di non aderire ad alcuna associazione.

La legge in tutti gli ordinamenti democratici tutela la libertà sindacale sui luoghi di lavoro garantendo a tutti i lavoratori, compresi i dipendenti dalle pubbliche amministrazioni, il “diritto di costituire associazioni sindacali, di aderirvi e di svolgere attività sindacale”; si riconosce, pertanto, il diritto ai lavoratori di costituire rappresentanze sindacali in ogni unità produttiva, vietando gli atti discriminatori per ragioni sindacali, compresi

---

<sup>49</sup> Vedi per approfondimenti il sito <https://www.fonction-publique.gouv.fr/loi-de-transformation-de-la-fonction-publique>.

quelli che consistono nell'erogazione di trattamenti economici collettivi discriminatori, e prevedendo per i primi anche conseguenze penali.

Si è avuto modo in queste brevi riflessioni di mostrare come la libertà sindacale è, spesso, limitata dalla legge in vista di determinati interessi pubblici.

L'analisi comparativa sul piano costituzionale dedicata al sindacato in Europa ha consentito di porre in evidenza i notevoli elementi di convergenza e le differenze strutturali. Sul piano comparativo in tutte le esperienze si ritrova la tutela costituzionale della libertà sindacale come corollario del diritto di associazione e libertà strumentale alla difesa del sacrosanto diritto al lavoro.

Secondo alcuni, al giorno d'oggi, il mondo del lavoro sta subendo profonde trasformazioni a causa della combinazione dei quattro "motori del cambiamento": la rivoluzione tecnologica<sup>50</sup>, i cambiamenti climatici, i cambiamenti demografici e l'accelerazione della globalizzazione<sup>51</sup>.

È indubbio che la globalizzazione<sup>52</sup>, prima di tutto, abbia messo in crisi la libertà sindacale e lo stesso diritto della persona al lavoro<sup>53</sup> che risulta profondamente mutato. L'automazione dei mezzi di produzione e la digitalizzazione del trattamento delle informazioni<sup>54</sup> stanno generando enormi movimenti di riallocazione della forza lavoro in funzione dei settori di attività, delle qualifiche professionali e delle aree geografiche.

---

<sup>50</sup> I. Nübler I., *Technological changes and work in the future: Making technology work for all*, The Future of Work Centenary Initiative, Issue Note Series 1, ILO, 2016.

<sup>51</sup> Secondo alcuni il mondo del lavoro sta subendo profonde trasformazioni a causa di quattro motori del cambiamento: tecnologia, clima, demografia e globalizzazione, sul punto cfr. J. Freyssinet, *Le dialogue social: nouveaux enjeux, nouveaux défis*, Organisation internationale du Travail 2017.

<sup>52</sup> J. Porta, *Les transformations des droits sociaux dans la globalisation*, in *La Revue des droits de l'homme*, 2019, no 16, in <https://doi.org/10.4000/revdh.6900>.

<sup>53</sup> F. Aballéa, A. Mias (eds.), *Mondialisation et recomposition des relations professionnelles*, Octarès, 2010.

<sup>54</sup> C. Degryse, *Les impacts sociaux de la digitalisation de l'économie*, WP 2016.02, ETUI, 2016.

I cambiamenti in atto hanno trasformato il modo in cui lavoriamo e produciamo, il contenuto e le forme di lavoro e il sistema delle qualifiche, sino a far crescere le *formes atypiques d'emploi*, come il lavoro stagionale e occasionale. Infatti, i mutamenti della società hanno esercitato pressioni sulle istituzioni del mercato del lavoro, nonché influenzato la produzione del diritto e delle recenti normative sul lavoro che sono state messe in atto negli ultimi decenni per regolare i rapporti di lavoro.

Anche la transizione ecologica - resa necessaria dai maggiori rischi ambientali, si pensi alla necessità di sviluppare l'economia circolare e combattere i cambiamenti climatici - spesso è fonte di grandi trasformazioni e può giustificare trasformazioni delle filiere produttive o stravolgimenti sul piano occupazionale, riconversioni aziendali e politiche *green* volte ad investire in settori diversi e innovativi. Proprio per questo il dialogo sociale dovrebbe, specie in questo momento di grandi cambiamenti "globali", consentire la definizione di nuovi modelli di sviluppo ecologicamente e socialmente sostenibile<sup>55</sup>, capaci di convertire l'attività industriale con una impronta *green* a garanzia dell'occupazione e del diritto al lavoro.

In questo quadro, fortemente cambiato rispetto ad alcuni decenni fa, il dialogo sociale deve essere considerato non solo un fattore di efficienza economica, ma anche di progresso, di giustizia ed equità sociale; esso si presenta, a nostro avviso, come l'unico strumento informato ai valori costituzionali della libertà e della solidarietà, capace di perseguire i "compromessi necessari" tra gli interessi, a volte divergenti, dei diversi attori del mondo del lavoro.

---

<sup>55</sup>E. Laurent, P. Pochet, *Pour une transition sociale-écologique. Quelle solidarité face aux défis environnementaux?*, Les petits matins-Institut Veblen pour les réformes économiques, 2015. E. Laurent, *Social-Ecology: exploring the missing link in sustainable development*, OFCE, 2015.

In questo quadro, la libertà sindacale attraverso il meccanismo del *dialogo sociale*, ormai considerato anche un obiettivo dell'U.E<sup>56</sup>., può recuperare la sua funzione naturale e porsi - al tempo del *global age* - come garanzia della “*démocratie sociale*”.

Il modello francese e il governo Macron, ancora alle prese con le manifestazioni di piazza, attraverso le riforme legislative in corso sembra aver imboccato la strada del dialogo sociale.

In una società sempre più globalizzata, tecnologica e digitale, solo il dialogo sociale ispirato ad un convito *tripartisme* può rappresentare il motore del vero cambiamento a garanzia del nuovo contratto sociale. Solo così in Francia si potrà recuperare un clima di dialogo, indispensabile per garantire - in un'epoca di trasformazione globale - la riforma tanto attesa del *Code du Travail* e delle pensioni e così elevare il livello di “*démocratie sociale*”, erede dei valori della libertà, della fraternità e dell'uguaglianza.

---

<sup>56</sup> L'art. 151 TFUE individua nel “dialogo sociale” un obiettivo dell'Unione, cfr R. Nunin, *Il dialogo sociale europeo. Uno sguardo al passato ed uno al futuro*, reperibile in <http://www.dirittolavorovariazioni.com/dialogo-sociale-europeo-sguardo-passato-ed-uno-al-futuro>; Con riguardo al processo evolutivo del dialogo sociale europeo, v. F. Guarriello, *Ordinamento comunitario e autonomia collettiva. Il dialogo sociale*, Franco Angeli, 1992; EAD., *Il contributo del dialogo sociale alla strategia europea per l'occupazione*, in *Lav. dir.*, 2004, p. 351 ss.; B. Veneziani, *Dal dialogo sociale alla contrattazione collettiva nella fase della trasformazioni istituzionale dell'Unione europea*, in *Riv. giur. lav.*, 1998, I, p. 239 ss.; G. Zilio Grandi, *Parti sociali e contratto collettivo nell'Unione europea*, Giappichelli, 1998; A. Lo Faro, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria*, Giuffrè, Milano, 1999; R. NUNIN, *Il dialogo sociale europeo. Attori, procedure, prospettive*, Giuffrè, 2001; J. Goetschy, *The European Social Dialogue in the 1990s: Institutional Innovations and the New Paradigma*, in *Transfer*, 2005, 3, p. 409 ss.; M. Peruzzi, *L'autonomia nel dialogo sociale europeo*, Il Mulino, 2011; A. Vimercati, *Teorie e prassi del dialogo sociale europeo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, p.485 ss.

## CAPITOLO NONO

### NUOVA COSTITUZIONE E TUTELA PENALE DELL'AMBIENTE NELLA REPUBBLICA DI CUBA

di

AMILCARE D'ANDREA

**Sommario:** 1. Introduzione - 2. I reati “ambientali” tra Costituzione, codice ambientale e codice penale - 3. Analisi dei reati “ambientali” - 4. Limiti attuali e prospettive di riforma del *Código penal*

#### *1. Introduzione*

La salvaguardia dell'ambiente è, da alcuni anni, un preciso impegno istituzionale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite. Per assicurare una tutela effettiva dell'ambiente, infatti, si è proceduto verso la costruzione di un diritto ambientale internazionale, capace di evolversi attraverso la comparazione, nell'attribuzione di un'importanza sempre maggiore alle Costituzioni dei singoli Stati<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Si pensi, ultimamente, al processo di redazione del Patto globale per l'Ambiente presentato nel 2017 a Parigi (*Global Pact of Environment*) il cui iter di approvazione

L'esempio cubano rappresenta un caso interessante di "intervento" dello Stato nella ricerca di soluzioni alla problematica ambientale tramite un radicale cambiamento di sistema, una strada in parte suggerita anche dai membri delle Assemblee che hanno redatto i recenti rapporti dell'IPCC (*Intergovernmental Panel on Climate Change*, istituito dall'ONU)<sup>2</sup>, per consentire "rapide e lungimiranti" transizioni in molti settori, dal consumo di suolo, all'energia, fino all'industria, edilizia, trasporti e pianificazione urbana<sup>3</sup>. Come è stato evidenziato, la mera connotazione emergenziale del diritto ambientale a cui fa seguito un'ipertrofica e confusa legislazione ambientale, fino "alla sua sostanziale sudditanza nei confronti delle istanze tecnico-scientifiche ed infine alla conseguente

---

è ancora in corso. Vedi D. Amirante, *Un Patto mondiale per l'ambiente, A Global pact for the Environment*, testo di presentazione del Patto mondiale in lingua italiana tenutosi presso l'Università Suor Orsola Benincasa, Napoli, il 29 ottobre 2018. Vedi anche L. Colella, *Il principio di «non regressione ambientale» al centro del Global Pact of Environment. Il contributo dell'esperienza francese al diritto ambientale comparato*, in *Rivista Diritto e giurisprudenza agraria alimentare e dell'ambiente*, n. 2/2019, pp. 1-10. Sulla costituzionalizzazione dell'ambiente nei Paesi del mondo, vedi D. Amirante, *L'ambiente «preso sul serio». Il percorso accidentato del costituzionalismo ambientale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1/2019, pp. 1-32; Id. (a cura di), *Diritto ambientale e costituzionale, Esperienze europee*, Milano, Franco Angeli, 2000; J. R. May, E. Daly, *Global environmental constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

<sup>2</sup> Cfr. *Global warming of 1.5 °C: an IPCC special report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty*, Forty-Eight Session of the IPCC, Incheon, Republic of Korea, 5 October 2018, IPCC-XLVIII/INF. 1, Rev. 1 (10.IX.2018), Agenda Item: 4.1.

<sup>3</sup> *Ibidem*. Nel suo ultimo Rapporto generale, presentato nell'ottobre del 2018, l'IPCC conferma la necessità di limitare il riscaldamento globale a 1,5°C, per evitare effetti quali l'innalzamento del livello del mare, la perdita di molte zone costiere e l'intensificarsi di fenomeni climatici estremi (tropicalizzazione del clima, cicloni, uragani, siccità) e le emissioni di CO<sub>2</sub> nette globali prodotte dall'attività umana dovrebbero diminuire di circa il 45% rispetto ai livelli del 2010 entro il 2030, raggiungendo lo zero intorno al 2050.

negazione della ‘dimensione sociale’ del diritto ambientale” rappresenta una delle principali aporie del diritto dell’ambiente<sup>4</sup>.

L’attenzione del presente articolo intende vertere sul rapporto tra costituzionalismo ambientale e diritto penale, il quale contribuisce alla protezione dell’ambiente agendo sugli aspetti giuridici più gravi del pericolo, del danno e della responsabilità. Tutti i rami del sistema legale prendono in considerazione, direttamente o indirettamente, l’ambiente, stabilendo una procedura specifica dell’amministrazione della giustizia di fronte a determinati fatti e condotte. Nell’unità dell’ordine giuridico stabilito, variano le conseguenze che ciascun ramo configura autonomamente, in base a determinate esigenze e specifici obiettivi.

Dopo una riflessione sull’apparato giuridico cubano<sup>5</sup> e l’analisi esegetica degli articoli del codice penale relativi all’impatto delle

---

<sup>4</sup> D. Amirante, *L’ambiente «preso sul serio». Il percorso accidentato del costituzionalismo ambientale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Speciale/2019, pp. 1-32, cit. p. 5.

<sup>5</sup> Si intravedono a Cuba, con la nuova Costituzione, le influenze della visione ecologica delle correnti del *nuevo constitucionalismo*, in linea con una affermata tendenza in America Latina, ma con specifici limiti. Sul tema, si rinvia ai testi costituzionali di Ecuador, Bolivia, e Venezuela. Vedi C. Silva Portero, *¿Qué es el buen vivir?*, in R. Avila Santamaria (ed.), *La constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, 116- 119; J. Estermann, «*Vivir Bien*» *como utopía política. La concepción andina del «vivir bien» (suma qamaña/allin kawsay) y su aplicación en el socialismo democrático en Bolivia*, in *Anales de la Reunión Anual de Etnología*, 24, 2012, pp. 517-533. reperibile in <https://www.globethics.net/gel/5154859/%E2%80%9Cvivir-bien%E2%80%9D-como-utop%C3%ADa-pol%C3%ADtica>, ultima consultazione 13 ottobre 2019. M. Carducci, *La Costituzione come «ecosistema» nel nuevo constitucionalismo delle Ande*, in S. Bagni (a cura di), *Dallo Stato del bienestar allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, in *Filodiritto*, 2013, 11. C. Cullinan, *I diritti della Natura*, Wild Law, Prato, 2012, e a C. Stone, *Should Trees Have Standing? Law, Morality, and the Environment*, Oxford University Press, New York, III ed., 2010. Vedi sul punto, G. Pavani, Prologo. *Los derechos de la naturaleza, el territorio y la plurinación*, in *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, Editores académicos: Liliana Estupiñán Achury, Claudia Storini, Rubén Martínez Dalmau y Fernando Antonio de Carvalho Dantas, Universidad Libre Bogotá, D. C, Colombia, 2019. Sui diritti della natura vedi S. Bagni, *Le voci (non del tutto inascoltate) della Natura*

condotte umane sull'ambiente, evidenziando l'assenza di specifico bene giuridico, è possibile mettere in luce i limiti attuali del sistema penale in relazione alla nuova Costituzione.

## ***2. I reati “ambientali” tra Costituzione, codice ambientale e codice penale***

L'art. 75 della nuova Costituzione cubana stabilisce che «Tutte le persone hanno diritto a godere di un ambiente sano ed equilibrato. Lo Stato protegge l'ambiente e le risorse naturali del paese. Riconosce il suo stretto legame con lo sviluppo sostenibile dell'economia e della società per rendere più razionale la vita umana e garantire la sopravvivenza, il benessere e la sicurezza delle generazioni presenti e future»<sup>6</sup>. Nel Capitolo II, relativo alle relazioni internazionali, all'art. 16 stabilisce che: «La Repubblica di Cuba basa le relazioni internazionali sull'esercizio della sua sovranità e dei suoi principi antimperialisti e internazionalisti, in funzione degli interessi del popolo e, di conseguenza: [...] f) promuove la protezione e la conservazione dell'ambiente, per affrontare il cambiamento climatico, che minaccia la sopravvivenza della specie umana, sulla base del riconoscimento di responsabilità comuni, ma differenziate; l'istituzione di un

---

*nella recente giurisprudenza colombiana e indiana*, in *DPCE Online*, [S.l.], v. 37, n. 4/ 2019, reperibile su <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/609> ,ultimo accesso 13 ottobre 2019.

<sup>6</sup> Constitución de la República de Cuba, Artículo 75. «Todas las personas tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente sano y equilibrado. El Estado protege el medio ambiente y los recursos naturales del país. Reconoce su estrecha vinculación con el desarrollo sostenible de la economía y la sociedad para hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras».

ordine economico internazionale giusto ed equo e l'eradicazione di modelli irrazionali di produzione e di consumo»<sup>7</sup>.

Attraverso la legge n. 81 del 1997, la *Ley de Protección del Medio Ambiente y Uso Racional de los Recursos Naturales* denominata “legge ambientale” o “codice ambientale”, vengono stabiliti i principi che regolano la tutela ambientale e contribuiscono al raggiungimento degli obiettivi di sviluppo sostenibile della Nazione cubana.

La legge n. 81 del 1997 ha abrogato la legge n. 33 sulla protezione dell'ambiente e l'uso razionale delle risorse naturali del 10 gennaio 1981, che ha rappresentato un'espressione normativa precoce ma importante dei principi della politica ambientale cubana, gettando le basi per lo sviluppo del sistema giuridico nazionale in questo settore. Questa legge, approvata dall'Assemblea Nazionale del Potere Popolare nel luglio del 1997<sup>8</sup>, è attualmente il pilastro della legislazione ambientale cubana. In base al presente codice ambientale sono stati istituiti altri organi istituzionali e si è indirizzata anche l'interpretazione del diritto penale. Il requisito della responsabilità da danno ambientale, derivante dalla definizione contenuta nella legge n. 81, è limitato alla violazione di una specifica norma giuridica, come espresso nell'articolo 8: si intende per danno ambientale «qualsiasi perdita, diminuzione, deterioramento o danno significativo, nei confronti dell'ambiente o di uno o più dei suoi

---

<sup>7</sup> Constitución de la República de Cuba, Artículo 16. «La República de Cuba basa las relaciones internacionales en el ejercicio de su soberanía y los principios antiimperialistas e internacionalistas, en función de los intereses del pueblo y, en consecuencia: [...]f) promueve la protección y conservación del medio ambiente y el enfrentamiento al cambio climático, que amenaza la sobrevivencia de la especie humana, sobre la base del reconocimiento de responsabilidades comunes, pero diferenciadas; el establecimiento de un orden económico internacional justo y equitativo y la erradicación de los patrones irracionales de producción y consumo».

<sup>8</sup> Ley No. 81 de 11/07/1997, Ley del Medio Ambiente, *Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición: Extraordinaria.*, La Habana, 11 de julio de 1997.

componenti, che viene prodotto in violazione di una norma o disposizione legale»<sup>9</sup>.

Nel capitolo XIII, in particolare, si fa riferimento al regime di responsabilità penale: all'art. 75 della presente legge è stabilito che «le azioni o le omissioni socialmente pericolose vietate dalla legge in base alla condanna di una sanzione penale, che minacciano la protezione dell'ambiente, saranno stabilite e sanzionate in conformità con le disposizioni della legislazione penale in vigore»<sup>10</sup>. La configurazione della responsabilità ambientale penale, soprattutto a seguito della Conferenza di Stoccolma del 1972, ha portato all'introduzione di vincoli interpretativi relativi al codice penale cubano per una serie di condotte criminali<sup>11</sup>.

È importante cogliere l'opportunità di dimostrare l'efficacia della protezione penale dell'ambiente "sul campo", a causa della crescente criminalità ambientale<sup>12</sup>. Il codice penale, la legge n. 62 del 29 dicembre 1987<sup>13</sup>, a cui fa riferimento la legge n. 81<sup>14</sup>,

---

<sup>9</sup> Capítulo II, Conceptos básicos, Artículo 8: «A los efectos de la presente Ley se entiende por: [...] e) daño ambiental, toda pérdida, disminución, deterioro o menoscabo significativo, inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes, que se produce contraviniendo una norma o disposición jurídica [...]»

<sup>10</sup> Capítulo XIII Régimen de responsabilidad penal, Artículo 75: «Las acciones u omisiones socialmente peligrosas prohibidas por la ley bajo conminación de una sanción penal, que atenten contra la protección del medio ambiente, serán tipificadas y sancionadas a tenor de lo que dispone la legislación penal vigente.»

<sup>11</sup> Cfr. I. Hernández Pozo, *Importancia de la Protección Penal del Medio Ambiente*, in *Revista Electronica de la Agencia de Medio Ambiente*, Año 5, N. 8, 2005; L. M. Hidalgo, *Los delitos ecológicos en Cuba*, in *Ámbito Jurídico* 01 maggio 2015, <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/los-delitos-ecologicos-en-cuba/>, ultimo accesso 13 ottobre 2019.

<sup>12</sup> A. Fernández- Rubio Legrá, *El Derecho Ambiental Internacional y su complementación con la legislación interna de la República de Cuba*, in *PNUMA-CITMA. Taller para la implementación jurídica del Programa Nacional del medio ambiente y desarrollo*. Noviembre 1995. La Habana. Cuba, pp. 45-48.

<sup>13</sup> Gaceta Oficial Edición Especial No. 3, de 30 de diciembre de 1987.

<sup>14</sup> Ley No. 81 de 11/07/1997 Artículo 75: «Las acciones u omisiones socialmente peligrosas prohibidas por la ley bajo conminación de una sanción penal, que atenten contra la protección del medio ambiente, serán tipificadas y sancionadas a tenor de lo que dispone la legislación penal vigente.»

prevede la criminalizzazione del reato “ambientale” in relazione a comportamenti dannosi associati all’uomo, alla protezione della salute, della pubblica sicurezza e dell’economia nazionale. I crimini collegabili all’ambiente non qualificano, secondo l’attuale struttura, uno specifico bene giuridico protetto dalla disposizione. L’esclusione della tutela generale del bene giuridico “ambiente” inserisce la tutela penale in una concezione “vetero-antropocentrica”, come ribadito solo apparentemente nella Costituzione, “in nome del popolo e a tutela dell’uomo”. Da una più attenta lettura del testo costituzionale, la stessa prospettiva antropocentrica risulta “differente”, a favore dello sviluppo sostenibile e del raggiungimento di un equilibrio tra uomo, natura e sfruttamento delle risorse, nell’ottica della solidarietà tra le generazioni presenti e future. Senza una precisa qualificazione del bene giuridico “ambiente” emergono dei limiti attuativi.

Sono regolati solo alcuni comportamenti dannosi. La protezione penale ambientale a Cuba si disperde, nell’attuale codice, nella tutela della pubblica sicurezza, della salute e dell’economia nazionale<sup>15</sup>.

La relazione sociale permette ad ogni concetto socio-giuridico di assorbire gli elementi che lo circondano, dall’identità culturale dello spazio in cui si esprime, ai principi dei gruppi politici e della società nella sua totalità: tra influenze sociali, statali, religiose/etiche/morali e dell’ordinamento internazionale<sup>16</sup>. Nel caso dell’ambiente e dell’ecologia, non è possibile prescindere dal carattere distintivo di questo *aquilone*<sup>17</sup>: un bene giuridico che risiede nell’esistenza degli uomini, nella loro “casa” (*òikos*), e nei loro bisogni.

---

<sup>15</sup> L. M. Hidalgo, *Los delitos ecológicos en Cuba*, in *Ámbito Jurídico* 01 maggio 2015, <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/los-delitos-ecologicos-en-cuba/>, ultimo accesso 13 ottobre 2019.

<sup>16</sup> Cfr. W. Menski, *Flying kites in a global sky: New models of jurisprudence*, in *Socio-legal Review*, 7, 2011, pp.1-22.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

Nel rispetto dell'*extrema ratio* del diritto penale cubano, l'attenzione all'ambiente è stata rivolta con altri mezzi e in altri campi del diritto e anche della politica<sup>18</sup>. La razionalizzazione del diritto penale attende il carattere della necessità, per evitare che un ordinamento diventi securitario o addirittura autoritario. Le norme che determinano ciò che è antigiusdittico sono anche norme di cultura, generate dalla comunità (nel senso *menskyiano* e plurale del termine) e non solo dallo Stato (nel senso gerarchico e giuspositivista del termine). Di conseguenza, il fondamento del diritto avviene, e dovrebbe essere riconosciuto, anche dal basso verso l'alto e non esclusivamente attraverso un procedimento *top down*. La Repubblica di Cuba ha agito tramite altri mezzi e in altri campi, permettendo di delineare quella realtà in cui è possibile ricercare, nell'ottica del principio di frammentarietà, le nuove fattispecie da tipizzarsi, attraverso la protezione di uno specifico bene giuridico. Proprio questo processo di tipizzazione, che implica un attacco ai comportamenti considerati più pericolosi e gravi, in seguito all'attuazione di determinate politiche e all'azione della legge non penale, conferisce la natura frammentaria al diritto penale: nell'intera gamma di atti proibiti, la legge penale sceglie di occuparsi solo di una parte, di un "frammento", che ha maggiore influenza sulla stabilità della società in termini di pericolosità.

Tradizionalmente, i beni giuridici si sono costruiti intorno alla sfera dell'uomo inteso come esclusivo destinatario finale. Con l'avvento dei diritti di terza generazione e, in particolare, del diritto ad un ambiente sano, le figure criminali sono state implementate in modi diversi, trattando beni giuridici che vanno oltre quel quadro ridotto che collega l'uomo individualmente, a

---

<sup>18</sup> R. Garrido Vázquez, *Estudio de caso: Cuba. Aplicación de instrumentos económicos en la política y la gestión ambiental*, in *Anuario Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales*, 2011, pp.33-40; Cfr. E. Polo Maceiras, Tesis doctoral: *Un sistema tributario, de la realidad a la aspiración, la tributación ambiental vinculada al impuesto sobre el vertido ambiental*. Universidad de Oriente, Cuba, 2010.

favore di una sovraindividualità che racchiude l'ambiente e le sue componenti naturali, incluso l'uomo come parte inseparabile di questo sistema.

Il capitolo V del Codice penale, rubricato "Crimini contro la salute pubblica", include la maggior parte dei comportamenti criminali legati all'ambiente. Esistono anche altre norme che fanno riferimento all'inquinamento, come l'adulterazione dei medicinali (articolo 189), la diffusione di epidemie (articolo 187) e i crimini contro le infrazioni di previsioni che si riferiscono all'uso e alla conservazione di specifiche sostanze pericolose o di altre fonti di radiazioni ionizzanti (articolo 185), inclusi nel titolo contro la pubblica sicurezza<sup>19</sup>.

Il diritto ambientale a Cuba oggi ha una dimensione costituzionale che sembrerebbe contrastare ancora di più<sup>20</sup> con le inadeguatezze del sistema penale in termini di sistematica, in relazione alle diverse aree di protezione<sup>21</sup>.

La tutela penale dell'ambiente richiede innanzitutto il presupposto per cui è necessario l'intervento penale e, di conseguenza, a quale scopo intende l'intervento penale stesso, in ossequio al principio di protezione esclusiva dei beni giuridici, nonché se questa protezione è possibile in termini di efficienza e necessità della norma penale. Dobbiamo chiederci, quindi, cosa si intende

---

<sup>19</sup> L. M. Hidalgo, *Los delitos ecológicos en Cuba*, in *Âmbito Jurídico* 01 maggio 2015, <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/los-delitos-ecologicos-en-cuba/>, ultimo accesso 13 ottobre 2019.

<sup>20</sup> Era già stato evidenziato nella ricostruzione, richiamata in questa sede e nel successivo paragrafo, di L.M. Hidalgo, in relazione al sistema costituzionale precedente. L. M. Hidalgo, *Los delitos ecológicos en Cuba*, in *Âmbito Jurídico* 01 maggio 2015, <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/los-delitos-ecologicos-en-cuba/>, ultimo accesso 13 ottobre 2019. Vedi anche G. R. Ramírez, M. E. Calderón, R. P. Peña, *El ambiente como objeto de protección penal y los principios sancionatorios*, in *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, ottobre 2016. <http://www.eumed.net/rev/caribe/2016/10/ambiente.html>. ultimo accesso 13 ottobre 2019.

<sup>21</sup> L. M. Hidalgo, *Los delitos ecológicos en Cuba*, in *Âmbito Jurídico* 01 maggio 2015, <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/los-delitos-ecologicos-en-cuba/>, ultimo accesso 13 ottobre 2019

tutelare con la regolamentazione dei reati ambientali a seguito della nuova Costituzione: in altre parole, è necessario fornire forma e contenuto al bene giuridico da proteggere.

Le principali posizioni e controversie nel campo dottrinale vertono intorno all'identificazione dell'ambiente nella sfera giudiziaria cubana<sup>22</sup>. Si evidenzia il ruolo degli organi giudiziari di Cuba nella risoluzione di determinati problemi della società a seguito di carenze legislative<sup>23</sup>, dirigendo quindi l'interpretazione giurisprudenziale. Anche grazie all'art. 75 della legge ambientale è possibile dirigere l'interpretazione del giudice, aumentando però la sfera del suo potere e non garantendo l'effettiva e egualitaria tutela del bene giuridico, dedotto indirettamente e *case by case*.

I reati "ambientali", non facendo riferimento all'ambiente come bene giuridico, sono in sostanza estrapolati dagli articoli del *Código penal* a tutela della salute pubblica, pubblica sicurezza ed economia nazionale<sup>24</sup>.

### **3. *Analisi dei reati "ambientali"***

Il codice penale prevede innanzitutto il reato di violazione delle norme relative all'uso e alla conservazione di sostanze radioattive o di altre fonti di radiazioni ionizzanti. La struttura di questo reato è interamente basata sul rischio implicito nella manipolazione,

---

<sup>22</sup> C. J. Bruzón Viltres, I. R. Tamayo Blanco, *La jurisprudencia en Cuba: reconocimiento dentro del sistema de fuentes del derecho y posibles consecuencias*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVII, núm. 139, enero-abril de 2014, pp. 251-283.

<sup>23</sup> C.J. Bruzón Viltres, L. Palacio Castillo, *Una aproximación a la creación jurisprudencial del Derecho en Cuba a partir de los tres modelos de juez de F. Ost*, in *Revista de Derecho (VALDIVIA)*, Vol. XXVII - N° 2 - Diciembre 2014 pp. 21-41.

<sup>24</sup> Cfr G. R. Ramírez, M. E. Calderón, R. P. Peña, *El ambiente como objeto de protección penal y los principios sancionatorios*, in *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, ottobre 2016. <http://www.eumed.net/rev/caribe/2016/10/ambiente.html>. Cfr. L. M. Hidalgo, *Los delitos ecológicos en Cuba*, in *Ámbito Jurídico* 01 maggio 2015, <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/los-delitos-ecologicos-en-cuba/>, ultimo accesso 13 ottobre 2019.

uso e conservazione di tali sostanze. Il codice riconosce la condotta relativa ad un reato che trascende la stabilità e la sostenibilità dell'ambiente. La figura di base è descritta nell'articolo 185<sup>25</sup>, che prevede come elemento soggettivo il dolo specifico e la sanzione dai cinque ai dodici anni di reclusione. L'art. 186 comma 1<sup>26</sup> stabilisce, nei casi di non autorizzazione per una determinata attività in relazione all'utilizzo di tali sostanze, la reclusione da tre a otto anni. Al comma 2, invece, si qualifica una figura aggravata in relazione al comma 1, nel caso di uso improprio delle autorizzazioni, con un quadro sanzionatorio da quattro a dieci anni<sup>27</sup>. L'assenza del bene giuridico "ambiente" emerge in quanto, nonostante l'evidente scopo di impedire alle sostanze radioattive di compromettere la

---

<sup>25</sup> Código penal, Artículo 185. «Incurrir en sanción de privación de libertad de cinco a doce años el que:

- a) de propósito realice actos que pongan en peligro u ocasionen daños de cualquier naturaleza a medios de transporte de materiales nucleares, con el fin de obstaculizar su funcionamiento;
- b) libere intencionalmente energía nuclear, sustancias radioactivas u otras fuentes de radiaciones ionizantes que pongan en peligro la vida o la salud de las personas o sus bienes, aunque no se produzcan daños;
- c) de propósito o indebidamente, use, sustraiga o desvíe de su ruta, materiales nucleares, sustancias radioactivas u otras fuentes de radiaciones ionizantes;
- ch) se apodere o mantenga en su poder objetos o sustancias radioactivas u otras fuentes de radiaciones ionizantes, contaminados, destinados a ser utilizados o desactivados».

<sup>26</sup> Código penal, Artículo 186. «1. Incurrir en sanción de privación de libertad de tres a ocho años el que:

- a) sin la debida autorización, ponga en operación una instalación o medios de transporte en que se empleen materiales nucleares, sustancias radioactivas u otras fuentes de radiaciones ionizantes;
- b) sin la debida autorización, reciba, transporte, almacene, facilite, trafique, arroje o retire materiales nucleares, sustancias radioactivas u otras fuentes de radiaciones ionizantes.

<sup>27</sup> «2. La sanción es de privación de libertad de cuatro a diez años, si, con motivo de los actos previstos en el apartado anterior, el culpable u otra persona hace uso indebido de los referidos materiales».

sicurezza umana, nessuna valutazione della conservazione del suo “spazio naturale” è richiesta<sup>28</sup>.

Nell’articolo 187 del codice penale, reato di propagazione di epidemia<sup>29</sup>, la salute pubblica rappresenta il bene giuridico primario protetto dalla norma. Esempio di norma penale in bianco, i requisiti che devono essere violati sono infatti regolati dalle normative relative alla salute<sup>30</sup>. Nella sua struttura di base è un reato di pericolo, ma al comma 3 si qualifica un reato di danno, sanzionando il fatto specifico di diffondere o facilitare la diffusione di epidemie. La pena prevista va da tre a otto anni di reclusione e si considera un atto preparatorio all’inquinamento e al danno ambientale<sup>31</sup>. L’articolo 189 del codice penale, il crimine

---

<sup>28</sup> L. M. Hidalgo, *Los delitos ecológicos en Cuba*, in *Ámbito Jurídico* 01 maggio 2015, <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/los-delitos-ecologicos-en-cuba/>; G. R. Ramírez, M. E. Calderón, R. P. Peña, *El ambiente como objeto de protección penal y los principios sancionatorios*, in *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, ottobre 2016. <http://www.eumed.net/rev/caribe/2016/10/ambiente.html>, ultimo accesso 13 ottobre 2019.

<sup>29</sup> Código penal, Artículo 187. «1. El que infrinja las medidas o disposiciones dictadas por las autoridades sanitarias competentes para la prevención y control de las enfermedades transmisibles y los programas o campañas para el control o erradicación de enfermedades o epidemias de carácter grave o peligrosas, incurre en sanción de privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas.

2. En igual sanción incurre el que se niegue a colaborar con las autoridades sanitarias en los lugares del territorio nacional en que cualquier enfermedad transmisible adquiera características epidémicas graves o en los territorios colindantes expuestos a la propagación.

3. El que maliciosamente propague o facilite la propagación de una enfermedad, incurre en sanción de privación de libertad de tres a ocho años».

<sup>30</sup> Fra le più importanti, la Legge 41 del 1983 “Legge sulla salute pubblica” pubblicata nella Gazzetta ufficiale, sul sito web [www.gacetaoficial.cu](http://www.gacetaoficial.cu), del Ministero della giustizia della Repubblica di Cuba. L. M. Hidalgo, *Los delitos ecológicos en Cuba*, in *Ámbito Jurídico* 01 maggio 2015, <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/los-delitos-ecologicos-en-cuba/>, ultimo accesso 13 ottobre 2019.

<sup>31</sup> L. M. Hidalgo, *Los delitos ecológicos en Cuba*, in *Ámbito Jurídico* 01 maggio 2015, <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/los-delitos-ecologicos-en-cuba/>; G. R. Ramírez, M. E. Calderón, R. P. Peña, *El ambiente como objeto de protección penal y los principios sancionatorios*, in *Revista Caribeña de Ciencias*

di adulterazione dei medicinali<sup>32</sup>, protegge la sicurezza pubblica sul versante farmacologico. L'oggetto materiale è rappresentato dai medicinali che vengono adulterati, spediti in cattive condizioni, sostituiti o realizzati in modo diverso da quello previsto dalle norme in materia, e qualificherebbe un primo collegamento con un processo di contaminazione dell'ambiente<sup>33</sup>. Tra i reati che si occupano di tutelare il bene giuridico "economia nazionale", vi è anche l'art 237 del codice penale<sup>34</sup>, reato di violazione delle regole per prevenire e combattere malattie e parassiti di animali e piante. Ai commi 1 e 2 sono descritti comportamenti che qualificano sempre reati di pericolo, mentre al comma 3 si sanziona, come aggravante, il danno causato dalla violazione delle regole descritte nei commi precedenti. È previsto

---

*Sociales*, ottobre 2016. <http://www.eumed.net/rev/caribe/2016/10/ambiente.html>. ultimo accesso 13 ottobre 2019.

<sup>32</sup>Código penal, Artículo 189. «1. Se sanciona con privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas al farmacéutico o empleado autorizado que:

- a) despache medicamentos deteriorados o en mal estado de conservación;
- b) sustituya indebidamente un medicamento por otro;
- c) despache medicamentos contraviniendo las formalidades legales o reglamentarias;
- ch) prepare un medicamento en forma distinta a la indicada en la fórmula o prescripción facultativa.

2. Las sanciones previstas en el apartado anterior se imponen siempre que el hecho no constituya un delito de mayor entidad».

<sup>33</sup> L. M. Hidalgo, *Los delitos ecológicos en Cuba*, in *Ámbito Jurídico* 01 maggio 2015, <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/los-delitos-ecologicos-en-cuba/>, ultimo accesso 13 ottobre 2019.

<sup>34</sup> Código penal, Artículo 237. «1. El que infrinja las disposiciones emanadas de autoridad competente para prevenir, combatir o destruir las enfermedades y plagas de animales y vegetales, es sancionado con privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas.

2. Si la infracción a que se refiere el apartado anterior se produce en momentos en que existe enfermedad o plaga animal o vegetal, la sanción es de privación de libertad de uno a tres años o multa de trescientas a mil cuotas.

3. Si, como consecuencia de los hechos a que se refieren los apartados anteriores, se produce o propaga la enfermedad o plaga, la sanción es de privación de libertad de dos a cinco años».

nella forma sia dolosa che colposa e fa riferimento alla necessaria relazione con un danno all'economia nazionale<sup>35</sup>.

Il reato di sfruttamento illegale della “zona economica della Repubblica” (delle risorse naturali, sia viventi che non viventi, del fondale marino e del sottosuolo, del mare territoriale e della zona contigua, fuori dalle misure stabilite dalla legge), è regolato dall'articolo 241 del codice penale<sup>36</sup>, a tutela dell'economia nazionale. Non permette di dedurre automaticamente un nuovo bene giuridico “ambiente”, e l'articolo non risulta funzionale in presenza di sfruttamento di risorse naturali nel caso in cui si rischia di danneggiare “esclusivamente” l'ecosistema<sup>37</sup>.

Il reato di pesca illegale, ai sensi dell'articolo 242 del codice penale<sup>38</sup>, oltre a non permettere di estrapolare il bene giuridico “ambiente” per proteggere l'equilibrio di un ecosistema, fa riferimento solo ai cittadini stranieri. I cittadini cubani possono anche pescare senza un'autorizzazione adeguata: situazione complessa, che apre ad una rischiosa forma di accaparramento

---

<sup>35</sup> L. M. Hidalgo, *Los delitos ecológicos en Cuba*, in *Ámbito Jurídico* 01 maggio 2015, <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/los-delitos-ecologicos-en-cuba/>, ultimo accesso 13 ottobre 2019.

<sup>36</sup> Código penal, Artículo 241: «1. El que, sin la debida autorización, realice cualquier acto con el fin de explotar los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, del lecho y subsuelo marinos y los existentes en las aguas suprayacentes inmediatas a las costas fuera del mar territorial y zona contigua, en la extensión que fija la ley, incurre en sanción de multa de mil a diez mil cuotas.

2. En el caso a que se refiere el apartado anterior podrá imponerse como sanción accesoria, además de la que corresponda, el comiso de los equipos y de los recursos naturales extraídos del lecho y subsuelo marinos».

<sup>37</sup> L. M. Hidalgo, *Los delitos ecológicos en Cuba*, in *Ámbito Jurídico* 01 maggio 2015, <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/los-delitos-ecologicos-en-cuba/>, ultimo accesso 13 ottobre 2019.

<sup>38</sup> Código penal, Artículo 242: «1. El extranjero que, sin la debida autorización, con cualquier clase de embarcación, penetre en las aguas territoriales o en la Zona Económica de la República, adyacente a su mar territorial, con el fin de practicar la pesca, incurre en sanción de multa de mil a diez mil cuotas.

2. En el caso a que se refiere el apartado anterior puede imponerse como sanción accesoria, además de la que corresponda, el comiso de los avíos de pesca y de las especies capturadas».

delle risorse e anarchia locale, in cui attuare altri difficoltosi bilanciamenti<sup>39</sup>.

Nell'articolo 194 del codice penale<sup>40</sup> è tipizzato il reato di inquinamento di acqua e atmosfera. È un crimine che potrebbe essere commesso dolosamente e colposamente<sup>41</sup>. Esclusa la sottosezione c) che configura un reato di pericolo, nel resto delle sue sottosezioni è considerato un reato di danno. Salta immediatamente all'attenzione del giurista una violazione del principio di proporzionalità, in relazione alle diverse condotte previste da questo articolo, stabilendo comunque la stessa pena<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> L. M. Hidalgo, *Los delitos ecológicos en Cuba*, in *Ámbito Jurídico* 01 maggio 2015, <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/los-delitos-ecologicos-en-cuba/>, ultimo accesso 13 ottobre 2019.

<sup>40</sup> Código penal, Artículo 194. «1. Se sanciona con privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas al que:  
a) arroje en las aguas potables objetos o sustancias nocivas para la salud;  
b) contamine cuencas de abasto de aguas superficiales o subterráneas que se utilizan o puedan ser utilizadas como fuente de abastecimiento para la población;  
c) omita cumplir las disposiciones legales tendentes a evitar la contaminación de la atmósfera con gases, sustancias o cualquier otra materia dañina para la salud provenientes de industrias u otras instalaciones o fuentes;  
ch) teniendo a su cargo la operación de una instalación de abastecimiento de agua potable a la población, por negligencia o incumplimiento de las normas establecidas, dañe la calidad del agua, poniendo en peligro la salud de la población;  
d) teniendo a su cargo la operación de una instalación para el tratamiento de aguas residuales domésticas, industriales o agropecuarias, por negligencia o incumplimiento de las normas establecidas, cause la contaminación de corrientes de aguas superficiales o subterráneas o del mar.  
2. La sanción prevista en el apartado anterior se impone siempre que el hecho no constituya un delito de mayor entidad».

<sup>41</sup> L. M. Hidalgo, *Los delitos ecológicos en Cuba*, in *Ámbito Jurídico* 01 maggio 2015, <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/los-delitos-ecologicos-en-cuba/>, ultimo accesso 13 ottobre 2019.

<sup>42</sup> L. M. Hidalgo, *Los delitos ecológicos en Cuba*, in *Ámbito Jurídico* 01 maggio 2015, <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/los-delitos-ecologicos-en-cuba/>; G. R. Ramírez, M. E. Calderón, R. P. Peña, *El ambiente como objeto de protección penal y los principios sancionatorios*, in *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, ottobre 2016. <http://www.eumed.net/rev/caribe/2016/10/ambiente.html>. ultimo accesso 13 ottobre 2019.

Nell'art. 238 del codice penale<sup>43</sup> troviamo il reato di inquinamento delle acque, che, a differenza dell'art. 194, fa riferimento alla contaminazione di fiumi, ruscelli, pozzi, lagune, canali o di luoghi destinati ad abbeverare bestiame o uccelli, mettendo in pericolo la loro salute o la loro vita, e alla contaminazione delle acque per la pesca o dei *criaderos* di specie acquatiche. È prevista un'aggravante al comma 2 dello stesso articolo e una figura indipendente nell'articolo 239<sup>44</sup>, contro chi versa o scarica sostanze nocive o rifiuti contenenti tali sostanze, nelle acque territoriali o nelle zone marittime della Repubblica, a tutela dell'economia nazionale<sup>45</sup>.

I reati relativi all'inquinamento delle acque permettono l'attuazione di specifica previsione costituzionale. Dopo l'articolo che costituzionalizza l'ambiente (art. 75), all'art. 76 Cost. è stabilito che: «Ogni individuo ha diritto all'acqua. Lo Stato crea le condizioni per garantire l'accesso all'acqua potabile e ai suoi servizi igienico-sanitari, con la dovuta remunerazione e uso razionale»<sup>46</sup>. La conseguenza di una futura considerazione del

---

<sup>43</sup> Código penal, Artículo 238. «1. Se sanciona con privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas al que:

a) arroje objetos o sustancias nocivas en ríos, arroyos, pozos, lagunas, canales, o en lugares destinados a abrear el ganado o las aves, poniendo en peligro su salud o su vida;

b) arroje objetos o sustancias nocivas, en aguas pesqueras o en criaderos de especies acuáticas;

2. Si, como consecuencia de los hechos a que se refiere el apartado anterior, se causa la muerte o el daño en la salud de las especies referidas, la sanción es de privación de libertad de seis meses a dos años.».

<sup>44</sup> Código penal, Artículo 239. «El que vierta, derrame o descargue sustancias perjudiciales para la economía nacional o residuos que contengan tales sustancias, en las aguas territoriales o en la Zona Económica Marítima de la República, incurre en sanción de multa de mil a diez mil cuotas.».

<sup>45</sup> L. M. Hidalgo, *Los delitos ecológicos en Cuba*, in *Ámbito Jurídico* 01 maggio 2015, <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/los-delitos-ecologicos-en-cuba/>, ultimo accesso 13 ottobre 2019.

<sup>46</sup> Constitución de la Republica de Cuba, Artículo 76. «Todas las personas tienen derecho al agua. El Estado crea las condiciones para garantizar el acceso al agua potable y a su saneamiento, con la debida retribución y uso racional.».

bene giuridico “ambiente” meritevole di tutela penale (e di una futura previsione di reati specifici) è evidente. Infatti, in relazione al bene “acqua”, legato oltre che alla salute umana anche alla tutela dell’economia nazionale, degli animali in relazione ad agricoltura, caccia e pesca, e alla salvaguardia dei vari ecosistemi, è possibile intravedere una prospettiva “ecocentrica a tutela dell’uomo”, considerando il gran numero di malattie che iniziano il loro ciclo nell’acqua, attentando alla salute delle persone e degli animali, apparentemente senza evidenti relazioni con salute, pubblica sicurezza o economia nazionale, con tutte le conseguenze, in sede penale, che diluiscono il nesso di causalità. L’*extrema ratio* del diritto penale richiede il principio di responsabilità e la dimostrazione del nesso di causalità proprio in relazione al bene giuridico. La tutela penale dell’acqua permette di prevenire e reprimere quelle condotte di *water pollution* che hanno un impatto tanto indiretto quanto pervasivo sull’ambiente e sulla persona come parte di esso<sup>47</sup>.

#### ***4. Limiti attuali e prospettive di riforma del Código penal***

La politica ambientale cubana è stata definita e sostenuta dai principi di un equo sviluppo economico e sociale, essenziale per un approccio efficacemente risolutivo delle problematiche ambientali. Il Presidente Fidel Castro aveva dichiarato in relazione all’argomento: «[...] Se vuoi salvare l’umanità da questa autodistruzione, devi distribuire meglio la ricchezza e le tecnologie disponibili sul pianeta. Meno lusso e meno rifiuti in alcuni paesi, in modo che vi sia meno povertà e meno fame in gran parte della Terra. Niente più trasferimenti nel terzo mondo di stili di vita e abitudini di consumo che rovinano

---

<sup>47</sup> L. M. Hidalgo, *Los delitos ecológicos en Cuba*, in *Âmbito Jurídico* 01 maggio 2015, <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/los-delitos-ecologicos-en-cuba/>, ultimo accesso 13 ottobre 2019.

l'ambiente. Permettere una vita umana più razionale. Applicare un equo ordine economico internazionale. Utilizzare tutta la scienza necessaria per uno sviluppo sostenibile senza inquinamento. Pagare il debito ecologico e non il debito estero. Eliminare il problema della fame e non l'uomo»<sup>48</sup>.

Il posizionamento sul piano internazionale della Repubblica di Cuba nell'ambientalismo "ecosocialista" e il suo ruolo in America Latina è evidente<sup>49</sup>. Contro il principio della competizione basato sull'egoismo individuale e nazionale, si promuove il principio del mutualismo e del sostegno reciproco, necessario per la lotta all'inquinamento, ai cambiamenti climatici e per una tutela transnazionale dell'ambiente, in attuazione dell'art. 16 Cost. La consapevolezza della globalità e dell'interdipendenza implica anche visioni cosmopolite, cosmo-economiche e cosmo-sociali<sup>50</sup> contro-egemoniche, che pretendono di inserirsi nel dibattito sull'*environmental constitutionalism*.

---

<sup>48</sup> F. Castro Ruz. Discorso pronunciato a Rio de Janeiro alla conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente e lo sviluppo, il 12 giugno 1992. Disponibile all'indirizzo: <http://www.cuba.cu/gobierno/discursos/1992/esp/f120692e.html>, ultimo accesso 13 ottobre 2019.

<sup>49</sup> Si pensi anche all'ALBA (Alleanza bolivariana per le Americhe), fondata nel dicembre 2004 da Venezuela e Cuba e attualmente è composta da sette stati membri. Inizialmente, l'accordo riguardava lo scambio tra il supporto medico cubano e il petrolio venezuelano, a cui nel 2006 si aggiunse la Bolivia, paese ricco di giacimenti di gas.

<sup>50</sup> "El 'socialismo democrático' promueve una transferencia de bienes y capital de acuerdo al principio de solidaridad, reciprocidad y complementariedad, tal como lo prevé el ALBA y lo viene realizando en forma incipiente. En vez de promover el principio de la competencia fundamentada en el egoísmo individual y nacional, tal como lo defiende el capitalismo, el nuevo socialismo fomenta el viejo principio del mutualismo (ayuda mutua y apoyo mutuo). [...] La conciencia de la 'globalidad' e 'interdependencia' conlleva la urgencia de que también los intereses e ideales sean entendidos como 'globales', es decir: cosmopolitas, cosmo-económicos y cosmo-sociales". J. Estermann, *Ecosofía andina: Un paradigma alternativo de convivencia cósmica y de Vivir Bien*, in A. Issa (a cura di), *Filosofía Mestiza I, Interculturalidad, ecosfía y liberación*, 2da ed., Buenos Aires, Editorial Abierta FAIA, 2015, cit. pp. 298-299.

Il riconoscimento del diritto all'ambiente del comma 1 e, al comma 2 dell'art. 75, della «stretta relazione con lo sviluppo dell'economia e della società per rendere la vita umana più razionale e garantire la sopravvivenza, il benessere e la sicurezza delle generazioni attuali e future»<sup>51</sup>, va interpretato insieme al *pendant* dei doveri di cui all'art. 90 Cost. e alla partecipazione dei territori in materia ambientale ai sensi dell'art. 191 Cost. per raggiungere efficacemente gli obiettivi costituzionali. Prima dell'attuale riforma costituzionale, la Repubblica cubana aveva già raggiunto ottimi livelli di sviluppo sostenibile, ponendo le persone al centro dell'idea di progresso, tra giustizia sociale e protezione ambientale<sup>52</sup>. Cuba, con l'attuale art. 1 Cost., pone le basi per un'idea di sviluppo caratterizzato da equità e solidarietà: «Cuba è uno Stato socialista di diritto e di giustizia sociale, democratico, indipendente e sovrano, organizzato con tutti e per il bene di tutti come Repubblica unitaria e indivisibile, fondata sul lavoro, sulla dignità, sull'umanità e sull'etica dei suoi cittadini per il godimento della libertà, dell'equità, dell'uguaglianza, della solidarietà, del benessere e della prosperità individuale e collettiva». Questo sviluppo si lega precisamente all'art. 16 e all'art. 75 Cost., escludendo in questo modo ogni concezione di crescita economica e sociale in contraddizione con l'equilibrio e la tutela ambientale. Il progressivo incremento “ambientalista” della Costituzione, comprensiva di norme di tutela ambientale in

---

<sup>51</sup> Articolo 75 comma 2: «El Estado protege el medio ambiente y los recursos naturales del país. Reconoce su estrecha vinculación con el desarrollo sostenible de la economía y la sociedad para hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras».

<sup>52</sup> Considerando il passaggio dall'HDI (Human Development Index) all' SDI (Sustainable development index) la situazione internazionale è stata completamente stravolta, vedendo Cuba tra i paesi con l'indice di sviluppo sostenibile tra i più alti. Cfr. <https://www.footprintnetwork.org/2015/09/23/eight-countries-meet-two-key-conditions-sustainable-development-united-nations-adopts-sustainable-development-goals/>

termini di diritti, doveri, partecipazione<sup>53</sup> ed in relazione al sistema socio-economico e produttivo, permette al Paese di continuare sulla strada intrapresa che, a seguito della considerazione dell'indice dello sviluppo sostenibile (SDI, *Sustainable Development Index*) in sostituzione dell'indice di sviluppo umano (HDI, *Human Development Index*) ha posizionato Cuba tra gli Stati che maggiormente sono riusciti a realizzare un equilibrio produttivo tra natura e sfruttamento delle risorse, per le generazioni presenti e future. In relazione all'aspettativa di vita, alla scolarizzazione, all'efficienza ecologica dello sviluppo umano, alle emissioni di CO2 pro capite e alla *Material Footprint* pro capite, Cuba è risultata al primo posto<sup>54</sup>, seguita al 12° posto dal Venezuela, al 19° dall'Ecuador, al 33° dalla Bolivia. Il presente indice è stato elaborato con il fine specifico di aggiornare l'indice di sviluppo umano per le realtà ecologiche dell'Antropocene<sup>55</sup>.

L'assenza sul fronte penale di un determinato bene giuridico "ambiente" rappresenta una debolezza che non permette il completamento del nuovo paradigma giuridico, economico e sociale improntato all'uguaglianza e alla tutela degli uomini e dell'ambiente, che Cuba mira a raggiungere nel suo nuovo manifesto costituzionale. L'oggetto della protezione dovrebbe essere chiaramente l'ambiente, con una sostanza propria, e indipendente dai beni giuridici tradizionalmente difesi come la

---

<sup>53</sup> Vedi *Ley Organica* n. 81 del 1997 su *Medio Ambiente*. Oltre a i principi di cooperazione internazionale, di valutazione dell'impatto ambientale, di sviluppo sostenibile, di responsabilità amministrativa, civile e penale *ex artt.* 67-75, si rinviene: il principio di partecipazione agli artt. 4 lett. m), 9 lett. c), 15 lett. g), 88 lett. n) 90 lett. k), 132 lett. f); il principio di prevenzione agli artt. 6 art. 13 lett. n), 15 lett. h), 108, 129, e 161; il principio "qui inquinare paga" all'art. 24.

<sup>54</sup> Cfr. <https://www.sustainabledevelopmentindex.org/>, ultimo accesso 13 ottobre 2019.

<sup>55</sup> *Ibidem*.

pubblica sicurezza, la stabilità socioeconomica, la salute pubblica<sup>56</sup>.

I principali problemi ambientali che Cuba affronta oggi trovano la loro origine, in larga misura, nei modi inappropriati con cui, per diversi secoli, sono state sfruttate le sue risorse naturali, nei limiti e nelle carenze con cui è stato affrontato il processo di industrializzazione, nella inadeguata produzione agricola e zootecnica e nei conseguenti impatti sull'ambiente, nonché a seguito dei problemi socio-economici avutisi nella fase pre-rivoluzionaria. Anche il blocco economico imposto al Paese ha avuto un forte impatto ambientale: si pensi, ad esempio, all'incorporazione di tecnologie obsolete o arretrate e con un elevato consumo di energia<sup>57</sup>. Ma nella fase post-rivoluzionaria non è mancato, finora, il miglioramento e lo sviluppo della base normativa, dell'innovazione e della ricerca di tecnologie adeguate. Cuba ha realizzato un equilibrio avanzato tra pensiero, dottrina e "dinamica" della società nel suo sviluppo. Nonostante ciò, emergono ancora dei limiti in relazione alla tutela penale dell'ambiente.

Nelle normative penali che trattano di condotte che attentano alla salute pubblica, non si ricomprendono una serie di comportamenti specifici che interferiscono con la sicurezza della salute umana e ciò che è ad essa correlato, in particolare per il degrado o coinvolgimento di elementi naturali legati alle attività dell'uomo,

---

<sup>56</sup>L'esigenza di una riforma in relazione al bene giuridico "ambiente" del *Código penal* era già stata evidenziata nell'impianto costituzionale precedente. Con la nuova Costituzione si è resa ancora più indispensabile. Cfr. L. M. Hidalgo, *Los delitos ecológicos en Cuba*, in *Ámbito Jurídico* 01 maggio 2015, <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/los-delitos-ecologicos-en-cuba/>, ultimo accesso 13 ottobre 2019; G. R. Ramírez, M. E. Calderón, R. P. Peña, *El ambiente como objeto de protección penal y los principios sancionatorios*, in *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, ottobre 2016. <http://www.eumed.net/rev/caribe/2016/10/ambiente.html>, ultimo accesso 13 ottobre 2019.

<sup>57</sup>Cfr. EcuRed, *Problemas ambientales en Cuba*, [https://www.ecured.cu/Problemas\\_ambientales\\_en\\_Cuba](https://www.ecured.cu/Problemas_ambientales_en_Cuba), ultimo accesso 13 ottobre 2019.

come animali, piante e aria, esattamente come l'acqua (bene giuridico, come abbiamo visto, che sembra essere riconosciuto nel sistema penale), imprescindibili quando si tratta di proteggere l'ambiente.

L'approccio a vantaggio e tutela dell'uomo si completa, oggi, solo con una protezione diretta dell'ambiente, di cui l'uomo è parte, soprattutto nel sistema penale, che richiede dimostrazione oltre il ragionevole dubbio e in cui vige il principio di legalità<sup>58</sup>, la presunzione di innocenza<sup>59</sup> e il principio di necessaria offensività, che impone la collocazione del diritto penale nella contemporaneità come non esclusivo nella protezione degli esseri umani e nella salvaguardia dei loro diritti fondamentali. La tendenza deve essere quella di proteggere le funzioni che garantiscono lo sviluppo del sistema sociale, in cui sono protetti i rapporti di fiducia e consenso per il progresso collettivo, generando il controllo giuridico sulle condotte che rappresentano un fattore di rischio<sup>60</sup>. Necessaria, quindi, la collocazione sistematica del bene giuridico "ambiente" nel diritto penale cubano, non solo come «sistema di elementi abiotici, biotici e socioeconomici con cui l'uomo interagisce, adattandosi ad esso, trasformandolo e utilizzandolo per soddisfare i suoi bisogni» ma anche come insieme di ecosistemi, «sistemi complessi con una certa estensione territoriale, all'interno del quale vi sono interazioni tra esseri viventi insieme con l'ambiente fisico o chimico»<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> Código penal, Artículo 2. «1. Sólo pueden sancionarse los actos expresamente previstos como delitos en la ley, con anterioridad a su comisión.

2. A nadie puede imponerse una sanción penal que no se encuentre establecida en la ley anterior al acto punible.».

<sup>59</sup> Cfr. artt. 1-3 della *Ley de Procedimiento Penal* Cubano.

<sup>60</sup> Cfr. C. S. Escobar, *Bien jurídico y principio de lesividad. Bases históricas y conceptuales sobre el objeto de protección de la norma penal*, in *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*, No. 5, RDMCP-UCR, 2013.

<sup>61</sup> Ley No. 81 de 11/07/1997, Artículo 8: «A los efectos de la presente Ley se entiende por: [...]ecosistema, sistema complejo con una determinada extensión territorial, dentro del cual existen interacciones de los seres vivos entre sí y de éstos

Nel passaggio verso un nuovo socialismo democratico<sup>62</sup> in rottura con le esperienze del socialismo “ortodosso” del Novecento, è necessario il superamento della visione antropocentrica, almeno nei termini che finora l’hanno caratterizzata. E, sul piano della tutela penale cubana, questo potrebbe attuarsi a partire dalla collocazione sistematica del bene giuridico “ambiente”, estrapolato dal nuovo dettato costituzionale, per la realizzazione di una riforma complessiva dei reati ambientali.

---

con el medio físico o químico; [...]medio ambiente, sistema de elementos abióticos, bióticos y socioeconómicos con que interactúa el hombre, a la vez que se adapta al mismo, lo transforma y lo utiliza para satisfacer sus necesidades.».

<sup>62</sup> Vedi I. P. Santos-Vítores, M.A. Hernández-García, *Cuba y el socialismo del siglo XXI*, in *JURIS*, Rio Grande, v. 27, 2017, pp. 11-23.

## CAPITOLO DECIMO

### LE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI IN PORTOGALLO

di

MARALICE CUNHA VERCIANO

**Sommario:** 1. Introduzione. - 2. Il quadro costituzionale - 3. Competenze e funzioni - 4. La legge n. 67/2013 - 4.1. L'Istituto delle Assicurazioni del Portogallo - 4.2. Commissione del Mercato dei Valori Mobiliari - 4.3. L'Autorità della Concorrenza - 4.4 L'Ente Regolatore dei Servizi Energetici - 4.5 L'Autorità Nazionale delle Comunicazioni (ICP-ANACOM) - 4.6 L'Istituto Nazionale dell'aviazione Civile, I.P. (INAC,IP) - 4.7 L' Istituto della Mobilità e dei Trasporti Terrestri, I.P (IMT, I.P) - 4 .8 Istituto delle Infrastrutture Stradali, I.P. (InIR, I.P.) - 4.9 L'Autorità di Regolamentazione dei servizi di Acqua e dei Rifiuti - 4.10 L'Entità di Regolamentazione della Salute - 4.11 La Banca del Portogallo - 4.12 L'Ente Regolatore per la Comunicazione Sociale - 4.13 Commissione per l'Accesso ai Documenti Amministrativi - 5. Le Caratteristiche delle Autorità Amministrative Indipendenti.

## ***1. Introduzione***

Anche prima della Rivoluzione dei Garofani del 1974 esistevano nella Pubblica Amministrazione Portoghese elementi di modernizzazione come, ad esempio, la creazione del segretariato della riforma amministrativa nel 1969, responsabile per la creazione del codice di procedura amministrativa. Tuttavia, è stato solo alla fine degli anni '70 che il cambiamento ha effettivamente preso vita.

Queste riforme possono essere comprese in un quadro che mirava a consolidare il recente Stato di Diritto, dal momento che il periodo autoritario di leadership politica di quasi cinquant'anni aveva lasciato nella società portoghese segni profondi e, naturalmente, segni che si estendevano alla pubblica amministrazione.

Nel periodo autoritario in cui si è stato trovato il Portogallo, le decisioni sono state prese prevalentemente nei più alti livelli di amministrazione, e il compito dei funzionari pubblici era semplicemente quello di "eseguire", "obbedire".

Tuttavia, negli ultimi decenni, la società portoghese, pur mantenendo alcune caratteristiche, ha subito ristrutturazioni negli anni Sessanta. Tali cambiamenti hanno portato il Portogallo a promuovere innovazioni rilevanti.

Tali cambiamenti sono attribuiti a due fattori: la rottura politica e sociale del 1974, che ha permesso l'apertura del regime democratico e l'adesione alla Comunità economica europea - CEE - nel 1986. Secondo Barreto<sup>1</sup> (2000), le porte aperte alla democrazia hanno propiziato la creazione di un regime costituzionale per la prima volta nella storia portoghese, vale a dire un sistema politico incentrato sul rispetto delle regole che accompagnano sia la democrazia che le libertà pubbliche. Durante

---

<sup>1</sup> A. Barreto, *Portugal e a Europa: Quatro décadas. In: A situação social em Portugal, 1960-1999*. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 2000.

questo stesso periodo, furono consacrati anche i diritti fondamentali, civili e politici, e di conseguenza il paese assistette al declino dei principi dell'autoritarismo statale. Sono stati implementati diritti basilari come il diritto di voto, la libertà di espressione, di manifestazione, di riunione. Questi diritti, nello Stato democratico che nacque in quel momento in Portogallo, vennero garantiti, in modo che la società portoghese potesse essere governata, da quel momento in poi, secondo principi, regole e metodi democratici.

Pertanto, tenendo presente il consolidamento della democrazia, della cittadinanza e dell'autonomia dell'individuo, si è richiesta una gestione più efficiente, rendendo necessari profondi cambiamenti delle procedure di organizzazione burocratica e democratica all'interno della pubblica amministrazione in Portogallo. Era necessario ripensare a ciò che l'amministrazione pubblica doveva fare, perché era necessario stimolare nuovi modelli strutturali, introdurre nuovi modelli di mercato, tenendo sempre conto che la società doveva essere coinvolta in questo processo di cambiamento.

Perseguendo l'obiettivo di includere la società, il 25 aprile 1975, dopo la Rivoluzione dei Garofani, conosciuta anche come la Rivoluzione d'Aprile, che ha depresso il regime dittatoriale, le elezioni furono tenute libere dal suffragio universale, un'elezione diretta per eleggere un'assemblea che sarebbe incaricato di elaborare la nuova Costituzione, un'Assemblea Costituente.

Per adempiere allo scopo di convalidare le elezioni dell'Assemblea Costituente e per garantire la parità di condizioni tra le diverse liste di candidati, pochi mesi dopo la Rivoluzione di Aprile del 1974, è stata istituita la Commissione Nazionale delle Elezioni ai sensi delle disposizioni di cui all'articolo 13 Decreto-Legge 621-C / 74, del 15 novembre, un organismo indipendente che collabora con l'Assemblea della Repubblica, esercitando la propria giurisdizione su tutti gli atti di censimento e le elezioni agli organi di sovranità, regioni autonome e potere locale.

La Commissione comprende anche un tecnico nominato da ciascuno dei servizi governativi responsabili per l'amministrazione interna, gli affari esteri e per la comunicazione sociale. I suoi membri sono nominati fino al trentesimo giorno dopo l'inizio di ogni legislatura<sup>2</sup>.

La creazione della *Commissione Nazionale delle Elezioni* (*Comissão Nacional de Eleições*) ha mostrato che il governo non era l'entità più capace per garantire la validità dei dati elettorali, data la sua imparzialità, che era già stata percepita in precedenza nelle prime elezioni che sono state ampiamente contestate.

## ***2. Il quadro costituzionale***

Come osservato da Corte-Real<sup>3</sup>, (1999), il Portogallo ha accolto con favore "l'orientamento verso il cittadino" come il centro del cambiamento amministrativo, cioè per soddisfare le esigenze dei cittadini con criteri di efficienza.

Secondo Calos Carapeto e Fátima Fonseca<sup>4</sup> (2014), il paese ha iniziato le sue riforme utilizzando la via legislativa, dedicando all'interno della Costituzione della Repubblica portoghese e nel Codice di procedura amministrativa, i principi fondamentali in materia di procedure organizzative e amministrative.

La Costituzione della Repubblica portoghese, indica nell' articolo 267, la struttura della pubblica amministrazione, mira ad evitare la burocratizzazione, promuovere il ravvicinamento dei servizi alla

---

<sup>2</sup> COMISSÃO NACIONAL DE ELEIÇÕES Lei n.º 71/78, de 27 de Dezembro. Disponível em: <https://www.portaldoeleitor.pt/Documents/DecretosLei/AssembleiaRepublica/44-are-cne.pdf>. Acessado em: 11/03/2019 às 10:59 h.

<sup>3</sup> I. Corte-Real, "Modernization de l'administration au Portugal". In: Corte Real, I.;Koen, N.;M.; Petiteville, F. (1999). *Les administrtrions en mouvement: lex féformes de modernisation administrative dans, quatro pays: Portugal, Pays-Bas, Irlanda et France*, Maastricht: Institut Européen d'Administration Publique, 1999.

<sup>4</sup> C. Carapeto, F. Fonseca (2014). *Administração Pública – Modernização, Qualidade e Inovação*. Lisboa: Edições Silabo.

popolazione e la sua gestione efficace. Per raggiungere questi obiettivi, la legge stabilisce le forme più appropriate di decentramento amministrativo senza pregiudicare la necessaria efficacia e unità dell'azione dell'Amministrazione e i poteri di direzione, supervisione e controllo degli organi competenti. Pertanto, il paragrafo 3 prevede che la legge possa creare entità amministrative indipendenti.

Va notato che in lingua portoghese le parole entità amministrativa possono essere intese come autorità amministrativa, poiché hanno praticamente lo stesso significato.

Le Autorità Amministrative Indipendenti (AAI) sono costituite da organismi creati dallo Stato, allo scopo di svolgere i compiti amministrativi che incombono su di esso, allo stesso modo che con l'amministrazione dello stato indiretto. Tuttavia, l'AAI non è né subordinato né soggetto al controllo dello Stato. Tale situazione si verifica con Francisco António de M.L.F. de Almeida, (2018). Citando Freitas do Amaral, si osserva che l'AAI ha le seguenti caratteristiche:

- a) Tali organi sono di regola eletti dall'Assemblea della Repubblica e /o includono titolari designati da entità private;
- b) I membri designati dal governo non lo rappresentano e non sono soggetti alle sue istruzioni;
- c) Non devono obbedire ad altri organi;
- d) I rispettivi titolari sono inamovibili e irresponsabili per le opinioni o le posizioni che esprimono nell'esercizio delle loro funzioni;
- e) I loro titolari non possono essere sciolti o licenziati;
- f) Le loro procedure decisionali sono pubbliche;
- g) Le loro funzioni sono, di norma, deliberative.

Le autorità amministrative indipendenti sono state create in Portogallo al fine di garantire una sana concorrenza di mercato, ad esempio per acqua, energia, comunicazioni, trasporti, e per proteggere i consumatori quando un'attività economica è sviluppata da un'impresa pubblica o da un concessionario monopolistico.

Alcuna dottrina argomenta che queste cosiddette entità indipendenti non sono intese a proteggere i diritti e le libertà dei cittadini, che per loro non significa dire che non ci siano diritti fondamentali in gioco, poiché i diritti dei consumatori sono stati eretti dalla Costituzione alla categoria di diritti fondamentali; così come il diritto alla salute è considerato un diritto sociale e la libertà di iniziativa economica è un diritto fondamentale considerato di natura simile. Ciò significa semplicemente che questi fatti non sono la loro ragione d'essere, ovvero la ragione della loro creazione o il filo conduttore della loro attività normativa. Sono quindi entità indipendenti che vivono in un mercato competitivo e che sono guidate secondo i criteri stabiliti dal loro mercato specifico, e questo a sua volta gestisce gli interessi economici in conflitto che possono apparire al suo interno. Ma una parte della dottrina sostiene l'esistenza di una base materiale che giustifica la creazione di qualsiasi autorità amministrativa indipendente il cui scopo è quello di salvaguardare la sua compatibilità con i principi fondamentali della Costituzione.

Si può vedere che il legislatore costituzionale, nell'articolo 267, paragrafo 3, ha semplicemente autorizzato il legislatore a creare queste entità indipendenti, affermando che "la legge può creare entità amministrative indipendenti". Ne consegue che il legislatore non avrebbe potuto creare alcun meccanismo per questo scopo, tuttavia, senza questa disposizione, non sarebbe possibile per lui escludere alcune società pubbliche allo stesso tempo dai poteri di direzione, dalla supervisione e dalla tutela del governo.

Senza tale meccanismo, non sarebbe possibile creare nessuno AAI, dal momento che lo stesso testo costituzionale dell'articolo 182 stabilisce che il governo è qualificato come l'organo più alto di tutta la pubblica amministrazione e è stabilito al paragrafo 2 dell'articolo 267 il principio di efficacia e unità di azione amministrativa, oltre all'articolo 190, che dispone dell'istituto di responsabilità politica del governo prima dell'Assemblea della Repubblica. Pertanto, tali disposizioni renderebbero impossibile la

creazione di tali istituzioni pubbliche parallelamente a quelle già controllate dal governo e per le quali nessuno risponderebbe.

Va sottolineato che questa autorizzazione costituzionale non può essere interpretata come un assegno in bianco trasmesso al legislatore per creare entità amministrative indipendenti, perché se fosse così, sarebbe destinato a scomparire l'intera amministrazione diretta e indiretta<sup>5</sup>. Questo è il motivo per cui l'articolo 6 della legge quadro dei regolatori stabilisce una serie di parametri positivi e negativi che indicano quando può e quando non può un nuovo ente di questa natura essere creato<sup>6</sup>. Stabilisce così: “ Le autorità di regolamentazione può solo essere istituite per la ricerca di attività economica che raccomandare, di fronte all'indipendenza nel loro sviluppo, e non sottomissione al governo”.

### ***3. Competenze e funzioni***

Per quanto riguarda le competenze, tutte le autorità amministrative indipendenti hanno i propri poteri decisionali e sono anche poteri consultivi in senso lato, con l'obiettivo di fornire pareri (quando questi non sono vincolanti), così come emettere raccomandazioni, condurre studi, tra gli altri. Esercitano inoltre poteri di controllo, seguendo da vicino l'esercizio di attività pubbliche e private, al fine di garantire la legge o i diritti dei cittadini portoghesi.

- a) concedere autorizzazioni o licenze;
- b) decidere i reclami presentati dai singoli;
- c) aumentare le multe e altre sanzioni;
- d) affettuare registri o garantire l'osservanza della legge;

---

<sup>5</sup>L. Fábrika e J. Colaço, in Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa anotada*, III, Coimbra, 2007, pp.586-587. 122

<sup>6</sup> D.F. Amaral, *Curso de Direito Administrativo – Vol.I*. Coimbra. Edições Almedina. 1ª. Edição, 2018.

e) fornire pareri vincolanti (che corrispondono essenzialmente a un potere di codecisione);

f) approvare regolamenti esterni (interni e).

Ma c'è un'eccezione, che è quella del Mediatore, dal momento che ha il potere costituzionale di esaminare i reclami e di emettere raccomandazioni.

#### **4. La legge n. 67/2013**

La legge n. 67 del 28 agosto 2013 è stata redatta dall'Assemblea della Repubblica e stabilisce i principi e le norme regolando le entità amministrative indipendenti con funzioni di regolamentazione, promozione e difesa della concorrenza in merito alle attività economiche dei settori privato, pubblico, cooperativo e sociale, ma non si applica laddove esiste una regola dell'Unione Europea o del diritto internazionale che prevede diversamente. (Articolo 2, paragrafo 2).

Dall'istituzione di questa legge, la Banca del Portogallo e l'ente normativo per la comunicazione sociale sono stati disciplinati dalla propria legislazione e non vengono applicati in base alle disposizioni della legge quadro, come descritto nell'articolo 2. n.3<sup>7</sup>.

Articolo 3 n.3 della legge quadro, riconosce come autorità amministrative indipendenti le seguenti entità:

a) Istituto delle Assicurazioni del Portogallo;

b) Commissione del Mercato dei Valori Mobiliari;

c) Autorità della concorrenza;

d) Ente Regolatore dei Servizi Energetici;

e) Autorità Nazionale delle Comunicazioni (ICP-ANACOM);

---

<sup>7</sup> Lei n.º 67/2013 de 28 de agosto Lei -quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo. Acesso em: 13/03/2019 às 18:45 Disponível em:<https://dre.pt/application/conteudo/499499>

- f) Istituto Nazionale dell'aviazione Civile, I.P. (INAC, I.P);
- g) Istituto della mobilità e dei trasporti Terrestri, I.P (IMT, I.P);
- h) Autorità di Regolamentazione dei servizi di acqua e dei rifiuti;
- i) Entità di Regolamentazione della Salute.

#### ***4.1 L'Istituto delle Assicurazioni del Portogallo***

L'Istituto di assicurazione del Portogallo, è un'entità collettiva di diritto pubblico, che ha autonomia amministrativa e finanziaria. È soggetto alla tutela del Ministro delle Finanze che deve essere esercitato obbedendo a quanto stabilito nello Statuto dell'ISP. È responsabile della regolamentazione, della supervisione delle attività di assicurazione, intermediazione assicurativa e fondi pensione, nonché delle attività correlate o complementari.

Dovrebbe inoltre aiutare il governo e il ministro delle finanze in merito agli orientamenti per perseguire la politica per il settore assicurativo e può agire sia su sua richiesta che di propria iniziativa, in merito a tali orientamenti. Le politiche del settore assicurativo comprendono anche attività correlate o complementari di assicurazione, riassicurazione e attività di mediazione assicurativa, nonché fondi pensione. È inoltre necessario monitorare l'attuazione di tali politiche, cooperare con altre autorità analoghe di altri Stati nei loro settori di competenza, prestando particolare attenzione alle autorità analoghe degli Stati membri dell'Unione europea.

È anche responsabilità dell'Istituto de Seguros de Portugal collaborare con altre autorità nazionali nei suoi settori di competenza, anche con altre autorità di vigilanza finanziaria, e gestire i fondi che gli sono stati affidati dalla legge. Nell'ambito

delle sue attribuzioni, l'ISP emette norme di conformità obbligatoria da parte delle entità soggette alla sua supervisione<sup>8</sup>.

#### ***4.2 La Commissione del Mercato dei Valori Mobiliari***

La Commissione del Mercato dei Valori Mobiliari, IP, - InCI, IP, è un istituto pubblico integrato di amministrazione pubblica indiretta dello Stato, con equità amministrativa, finanziaria e privata, con attribuzioni del Ministero dei lavori pubblici, dei trasporti e delle comunicazioni, sotto la soprintendenza di questo ministero. È stato istituito con il decreto-legge n. 144 del 27 aprile 2007, e la sua missione è stata estesa, anche cambiando il nome, a causa delle nuove esigenze del mercato e delle esigenze imperative di modernizzazione della pubblica amministrazione.

Tra i suoi compiti vi è quello di regolamentare e supervisionare il settore edile e immobiliare, di dinamizzare, supervisionare e regolare le attività sviluppate in questo settore, produrre informazioni statistiche e analisi di settore e assicurare l'azione coordinata dello stato.

Nella sua linea guida è di migliorare la competitività e la sostenibilità delle imprese come previsto all'articolo 3, paragrafo 3.

È anche responsabilità di questa Autorità Amministrativa Indipendente sviluppare azioni volte a promuovere i tentativi di conciliazione obbligatoria e la promozione dell'arbitrato volontario e della mediazione, riguardanti la risoluzione dei conflitti che emergono dalle attività inerenti al settore edile e immobiliare, creando o partecipando a enti di diritto pubblico o privato.

Ha come primo obiettivo, garantire un'azione coordinata delle agenzie statali che operano nel settore dell'edilizia e immobiliare, avendo un ruolo di riferimento per gli agenti del settore. Agisce

---

<sup>8</sup> Decreto-Lei n.o 289/2001 de 13 de Novembro. Acesso em: 14/03/2019 às 09:03 hs. Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/603511>.

nello sforzo di ispezionare e supervisionare, fornendo una maggiore trasparenza, una sana competizione tra le società.

Nel 2012, l'InCI è stata mantenuta come un istituto pubblico, ai sensi del decreto-legge n. 158 del 23 luglio 2012, mantenendo la sua missione di regolatore edilizio e immobiliare, ma rafforzando i suoi poteri in materia di regolamentazione degli appalti pubblici, che era stato esercitato dal 1999 e che è stato rafforzato nel 2008<sup>9</sup>.

### ***4.3 L'Autorità della Concorrenza***

L'Autorità della concorrenza è un'entità amministrativa indipendente creata dalla legge n. 10 del 18 gennaio 2003, con poteri trasversali sull'economia portoghese, in vista dell'applicazione delle regole di concorrenza, che devono essere coordinate con i regolatori del settore. Il suo scopo è quello di assicurare l'applicazione delle regole di promozione e difesa della concorrenza nei settori privato, pubblico, cooperativo e sociale, rispettando il principio dell'economia di mercato e della libera concorrenza, nonché gli interessi dei consumatori, come descritto nei suoi statuti, che sono stati approvati con il decreto-legge n. 125 del 18 agosto 2014.

Tra le sue attribuzioni vi sono:

- a) Garantire la conformità a leggi, regolamenti e decisioni di diritto nazionale e dell'Unione europea volte a promuovere e difendere la concorrenza;
- b) Incoraggiare l'adozione di pratiche che promuovano la concorrenza e la generalizzazione di una cultura della concorrenza tra gli agenti economici e il pubblico in generale;

---

<sup>9</sup>Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção. Acesso em: 14/03/2019 às 10:08. Disponível em: <http://www.impic.pt/impic/pt-pt/informacao-institucional/sumula-historica>.

- c) Diffondere, in particolare agli agenti economici, gli orientamenti che ritiene pertinenti per la politica di concorrenza,
- d) Svolgere attività di accompagnamento e instaurare rapporti di cooperazione con le istituzioni dell'Unione europea, comprese le entità e gli organismi nazionali, esteri e internazionali con responsabilità nel settore della concorrenza;
- e) Garantire, senza pregiudizio delle competenze del Ministero degli affari esteri, la rappresentanza tecnica dello Stato portoghese nell'Unione europea o organismi internazionali in materia di politica della concorrenza.

Al fine di adempiere meglio alle sue funzioni, l'AdC ha poteri sanzionatori, di supervisione e di regolamentazione.

Nell'ambito dei poteri sanzionatori rientrano quelli che individuano e indagano il comportamento idoneo a violare il diritto della concorrenza nazionale e dell'Unione europea, in particolare le pratiche restrittive della concorrenza e il controllo delle fusioni, conducono le indagini e decidono di adottare misure precauzionali, in conformità con il regime legale della concorrenza e altre disposizioni giuridiche applicabili, nonché di poter infliggere ammende ad altre sanzioni e misure previste dalle leggi.

Nel caso dei poteri di supervisione, spetta all'ADC istruire e decidere le procedure amministrative relative alla concentrazione delle imprese soggette a notifica preventiva, effettuare studi, ispezioni e verifiche necessarie nel settore della concorrenza e svolgere gli atti che sono forniti dalla legge.

Per quanto riguarda i poteri regolamentari, spetta all'Autorità garante della concorrenza preparare e approvare regolamenti e altre norme generali, istruzioni o standard di natura particolare, in conformità con i termini legalmente stabiliti, per emettere raccomandazioni e direttive generiche, da pronunciare quando è richiesto dall'Assemblea della Repubblica o dal Governo per iniziative legislative o di altro tipo relative alla promozione e alla

difesa della concorrenza e formula anche suggerimenti o proposte allo scopo di creare o rivedere il quadro giuridico e regolamentare.<sup>10</sup>

#### ***4.4 L'Ente Regolatore dei Servizi Energetici***

L'Autorità per i servizi energetici (ERSE) è l'ente responsabile della regolamentazione dei settori del gas naturale, dell'elettricità e del gas di petrolio liquefatto (GPL), che copre tutte le categorie, dal petrolio ai biocarburanti, oltre a essere responsabile della gestione operativa della rete di mobilità elettrica. Questa Autorità Amministrativa Indipendente è disciplinata dal decreto-legge n. 97 del 12 aprile 2002, come modificato dal decreto-legge n. 212 del 25 settembre 2012, anche dal decreto-legge n. di giugno 2013, essendo stato modificato dal decreto-legge n. 57-A del 13 luglio 2018<sup>11</sup>.

Va notato che ERSE è indipendente nell'esercizio delle sue funzioni, nel quadro della legge, senza pregiudizio dei principi guida della politica energetica stabiliti dal governo, in termini costituzionali e legali, e degli atti soggetti ad approvazione ministeriale secondo la legge e i suoi statuti.

È sua competenza stipulare contratti internazionali in materia di approvvigionamento del mercato internazionale dei prodotti petroliferi, gestire direttamente o concludere contratti con operatori economici, con l'autorizzazione del governo responsabile dell'area dell'energia, gestire le riserve, stipulare contratti per il mantenimento della vendita delle riserve in eccesso. È competente per il monitoraggio delle riserve di prodotti petroliferi, per il monitoraggio dell'attività economica sviluppata

---

<sup>10</sup> Autoridade da Concorrência- AdC: Acesso em: 14/03/2019> Disponível em [http://www.concorrencia.pt/vPT/A\\_AdC/Missao\\_e\\_atribuicoes/Paginas/missao-e-atribuicoes.aspx](http://www.concorrencia.pt/vPT/A_AdC/Missao_e_atribuicoes/Paginas/missao-e-atribuicoes.aspx)

<sup>11</sup> Entidade Reguladora Dos Serviços Energéticos – ERSE – Acesso em 14/03/2019 às 18:08 hs. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/dec-lei/165/2013/12/16/p/dre/pt/html>.

nel settore energetico, per il mantenimento di un registro aggiornato delle riserve di sicurezza, per la supervisione dei siti del settore energetico, compresi gli impianti e altri beni mobili e immobili relativi all'attività economica sviluppata dal settore energetico.<sup>12</sup>

È responsabilità dell'ERSE proteggere gli interessi dei consumatori, in particolare quelli considerati economicamente più vulnerabili al prezzo, alla qualità del servizio, all'accesso alle informazioni e alla sicurezza dell'approvvigionamento. Inoltre, dovrebbe promuovere la concorrenza tra gli operatori del mercato, in particolare nel mercato interno dell'energia, garantendo che le società dei settori regolamentati esercitino un servizio pubblico, l'equilibrio economico e finanziario, nell'ambito di una gestione corretta ed efficiente.

Il regime sanzionatorio del settore energetico è stato approvato con la legge n. 9 del 28 gennaio 2013, che inquadra le competenze sanzionatorie di ERSE nell'ambito del Sistema Nazionale di Gas Naturale e Sistema Elettrico Nazionale.

#### ***4.5 L'Autorità Nazionale delle Comunicazioni (ICP-ANACOM)***

Prima della pubblicazione del decreto-legge n. 39 del 16 marzo 2015, questa entità è stata designata come ICP - Autoridade Nacional de Comunicações. Pertanto, viene ora indicata solo come ANACOM, che nell'ambito delle comunicazioni, ANACOM è l'autorità nazionale di regolamentazione, per quanto riguarda il diritto dell'Unione europea e il diritto nazionale, nelle attribuzioni e competenze della Commissione per la pianificazione delle comunicazioni di emergenza.

Ai sensi dell'articolo 5, comma 1, del succitato decreto legge, l'ANACOM è organica, funzionale e tecnicamente indipendente

---

<sup>12</sup> Entidade Reguladora Dos Serviços Energéticos – ERSE – Acesso em 14/03/2019 às 18:10 hs. Disponível em: <http://www.erse.pt/pt/aerse/Paginas/default.aspx>

nell'esercizio delle sue funzioni e non è soggetta a supervisione o vigilanza governativa nell'ambito del suo esercizio.

Ci sono diverse attribuzioni:

- a) Promuovere la concorrenza nella fornitura di reti e servizi;
- b) Garantire la libertà di offrire reti e fornire servizi;
- c) Contribuire allo sviluppo del mercato interno delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica e dei servizi postali dell'Unione europea;
- d) Prevedere la risoluzione amministrativa delle controversie tra entità soggette al suo regolamento, ovvero tra entità che offrono reti e servizi di comunicazione elettronica e tra fornitori di servizi postali, nei termini stabiliti dalla legislazione applicabile.
- e) Contribuire a garantire un livello elevato di protezione dei dati personali e della vita privata;
- f) Garantire l'accesso ai servizi di emergenza.

Fa parte della sua missione anche l'esercizio di consultazioni con l'Assemblea della Repubblica, quando chiede, per quanto riguarda il settore delle comunicazioni, di assistere il governo nel campo delle comunicazioni, sia di sua iniziativa o su sua richiesta, attraverso opinioni, studi, informazioni e progetti di legge. Deve inoltre partecipare e garantire la rappresentanza dello Stato portoghese, in coordinamento con il Ministero degli affari esteri, in organismi e forum nazionali e internazionali che siano pertinenti alle sue attività, su richiesta del governo.<sup>13</sup>

A tal fine, ha poteri di regolamentazione, di vigilanza e poteri sanzionatori, conformemente alla legislazione applicabile, come l'imposizione di obblighi specifici alle imprese che hanno un potere di mercato significativo e impone obblighi ai fornitori del servizio universale: assegnare, modificare e revocare i diritti d'uso delle frequenze e dei numeri, attuare leggi e regolamenti, nonché

---

<sup>13</sup> Decreto-Lei 39/2015. Disponível em: <https://dre.pt/application/file/a/66761354>. Acesso em: 15/03/2019. Às 17:17 hs.

gli atti dell'Unione europea applicabili al settore delle comunicazioni. Quando ritiene opportuno, ANACOM può proporre o approvare codici di condotta e manuali di buone pratiche delle entità che sono l'obiettivo della sua attività, promuovere processi di consultazione pubblica ed espressioni di interesse nell'ambito di applicazione di nuovi servizi o tecnologie. Tuttavia, i suoi regolamenti devono rispettare i principi di legalità, necessità e chiarezza e le normative che hanno efficacia esterna devono rispettare i principi di partecipazione e pubblicità<sup>14</sup>.

#### ***4.6 L'Istituto Nazionale dell'aviazione Civile, I.P. (INAC, I.P)***

L'Istituto nazionale dell'aviazione civile, I.P. (INAC, I.P.) è stato creato con il decreto-legge n. 145 del 27 aprile 2007, senza alcun onere per il bilancio dello Stato, dipendente esclusivamente dalle entrate proprie raccolte e implicitamente dagli incrementi di produttività ottenuti in ciascun anno, ed è quindi considerato come un orientamento innovativo nella ristrutturazione di servizi della pubblica amministrazione portoghese<sup>15</sup>.

Con la sua creazione, i poteri di regolamentazione sono stati estesi e sono stati rafforzati i poteri di supervisione, ispezione degli operatori dell'aviazione civile, mentre sono stati rafforzati i poteri di supervisione e ispezione sulle organizzazioni che costituiscono la pluralità del settore dell'aviazione civile. I poteri dell'intervento normativo mirano a promuovere una maggiore tutela dei passeggeri i cui interessi legittimi si trovano di fronte a ostacoli derivanti da disposizioni giuridiche insufficienti. L'INAC, I.P., “continua” le attribuzioni del Ministero dei lavori pubblici, dei trasporti e delle comunicazioni.

---

<sup>14</sup> ANACOM – Autoridade Nacional de Comunicações: Disponível em: <https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=246798>. Acesso em: 15/03/2019, às 17:14 hs.

<sup>15</sup> Legislação de segurança interna. Disponível em: <http://legislacao.mai.gov.info/ii/inac/>. Acesso em: 15/03/2019, às 18:34hs.

Tra queste attribuzioni, vale la pena sottolineare quella di assicurare il regolare svolgimento dell'aviazione civile, regolamentare e vigilare sulle condizioni del suo esercizio, promuovere la tutela dei suoi utenti, accreditare soggetti pubblici o privati per l'esercizio di funzioni tecniche nell'ambito delle sue attribuzioni e promuovere e difendere la concorrenza nel settore dell'aviazione civile.

Le entità soggette alla sua giurisdizione sono le entità di gestione di aeroporti e aeroporti nazionali, fornitori di servizi di navigazione aerea, ad eccezione dei fornitori di servizi meteorologici aeronautici, operatori del trasporto aereo, supporto al trasporto aereo e tutte le entità alle quali fa riferimento la legge

<sup>16</sup>.

#### ***4.7 L' Istituto della Mobilità e dei Trasporti Terrestri, I.P (IMT, I.P)***

L'IMT, I.P. è un organismo centrale con giurisdizione su tutto il territorio nazionale e continua con le responsabilità dei ministeri dell'amministrazione interna, della pianificazione e delle infrastrutture, dell'ambiente e del mare, sotto la supervisione e la supervisione del ministro della pianificazione e delle infrastrutture. È stato creato dal decreto-legge n. 147 del 27 aprile 2007, succedendo alle attribuzioni dell'Istituto di Infrastrutture stradali, I.P. ; dell'Istituto di trasporti marittimi e portuali, I.P. ; del Comitato per la pianificazione e l'emergenza del trasporto terrestre, integrando anche le attribuzioni del SIEV - Vehicle Electronic Identification System, S.A. che rispetta l'esplorazione e la gestione del sistema di identificazione elettronica dei veicoli. Questo istituto svolge le funzioni di regolazione tecnica, autorizzazione, coordinamento, supervisione e pianificazione nel settore del trasporto terrestre e fluviale e delle sue infrastrutture,

---

<sup>16</sup> Decreto-Lei n.o 145/2007 de 27 de Abril. Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/521008>. Acesso em 15/03/2019 às 18:31 hs.

anche sotto l'aspetto economico del settore dei porti e dei trasporti commerciali, oltre a curare la gestione delle concessioni in cui lo Stato portoghese è un concedente, nei settori sopra menzionati, relativo al trasporto aereo e alle infrastrutture aeroportuali, in modo da poter soddisfare le esigenze di mobilità di persone e merci. Le sue attribuzioni sono state determinate dal decreto-legge n. 36 del 31 ottobre 2012, che è stato modificato e ripubblicato dal decreto-legge n. 77 del 14 maggio 2014, con modifiche al decreto-legge n. 83 del 21 maggio 2015<sup>17</sup>.

#### ***4.8 L'Istituto delle Infrastrutture Stradali, I.P. (InIR, I.P.)***

L'InIR, IP, è stato creato con lo scopo di supervisionare la gestione e il funzionamento della rete stradale, controllando il rispetto delle leggi e dei regolamenti, così come i contratti di concessione e subconcessione, per garantire la realizzazione del Road Plan nazionale, l'efficienza, l'equità, la qualità e la sicurezza delle infrastrutture, nonché i diritti degli utenti.

Tuttavia, la sua creazione non ha comportato l'esclusione del governo del settore, poiché continua ad avere la missione di definire gli orientamenti generali della politica stradale, nonché l'aggiornamento, la definizione e la pianificazione dell'esecuzione del piano nazionale. I fornitori di beni e servizi per la costruzione, la gestione e la manutenzione di infrastrutture stradali, che hanno attività soggette al regime legale di costruzione pubblica in relazione alle funzioni di standardizzazione, sono anch'essi soggetti alla giurisdizione di InIR, I.P.<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup>Instituto da Mobilidade e dos Transportes, I.P Disponível em: <http://www.imt-ip.pt/sites/IMTT/Portugues/IMTT/MissaoeAtribuicoes/Paginas/MissaoeAtribuicoes.aspx>. Acesso em: 15/03/2019 às 19:03 hs

<sup>18</sup> Instituto de Infra Estrutura Rodoviárias, I.P. Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/521020>. Acesso em: 15/03/2019 às 19:44 hs.

#### ***4.9 L'Autorità di Regolamentazione dei Servizi di Acqua e dei Rifiuti***

La Legge n. 10 del 6 marzo 2014, ha approvato lo statuto dell'ente normativo per i servizi idrici e di smaltimento dei rifiuti in Portogallo, che ha modificato il nome dell'autorità precedente, denominata Ente per la regolamentazione delle acque e dei rifiuti, I.P. (ERSAR, I.P.).

Tra le sue attribuzioni, vi è quella di regolamentare e supervisionare i settori dell'approvvigionamento pubblico di acqua alle popolazioni, così come l'igiene urbana dei reflui e la gestione dei rifiuti solidi urbani, compreso l'esercizio delle funzioni dell'autorità competente per il coordinamento e supervisione del regime di qualità dell'acqua per il consumo umano.

Essa mira a garantire una corretta tutela degli utenti dei servizi idrici e dei rifiuti, al fine di evitare possibili abusi derivanti dai diritti esclusivi, da un lato, per garantire e controllare la qualità dei servizi pubblici forniti, e dall'altro, la supervisione e il controllo dei prezzi praticati, che sono essenziali in quanto si trova ad affrontare situazioni di monopolio naturale o legale.

Il suo compito si estende anche per garantire la parità di condizioni e trasparenza nella accesso e l'esercizio dell'attività dei servizi idrici e dei rifiuti e nei loro rapporti contrattuali e di consolidare un effettivo diritto alle informazioni generali sul settore e su ciascuna delle sue entità di gestione.

Per quanto riguarda i poteri regolamentari, è competenza di ERSAR redigere e approvare regolamenti con efficacia esterna nell'ambito delle rispettive attribuzioni, fatti salvi altri che potrebbero essere definiti dalla legge, per quanto riguarda le tariffe, la qualità del servizio , ovvero attraverso la definizione di livelli minimi di qualità e la compensazione dovuta in caso di non conformità, i rapporti commerciali attraverso regole di relazione

tra le entità di gestione e le procedure normative inerenti alla sua relazione con gli enti che sono soggetti al suo intervento<sup>19</sup>.

#### ***4.10 L'Ente di Regolamentazione della Salute***

Il programma del XV governo costituzionale prevedeva la creazione di un'autorità regolatoria specifica per il settore sanitario. Pertanto, attraverso il decreto-legge n. 309 del 10 dicembre 2003, ha istituito l'ERS - Health Regulatory Entity, che inquadra la partecipazione e le prestazioni degli operatori privati e sociali nell'ambito della fornitura di servizi di sanità pubblica.

La creazione di questa entità normativa ha portato due importanti conseguenze. In primo luogo, a causa delle riforme istituzionali dei fornitori della sanità SN, siano essi pubblici, sociali o privata, per delega o concessione di servizio pubblico, non più soggetto al comando amministrativo stato con finora accaduto. In secondo luogo, a causa della maggior parte degli stabilimenti NHS diniva ad essere oggetto di una logica di business e in funzione della quantità e qualità dei servizi che essi possono produrre e fornire, finisce per generare fattori di concorrenza potenzialmente indesiderati che possono essere solo impediti e corretti dall'intervento di un'autorità esterna.

In questo senso è stata imposta una riforma del sistema di regolamentazione e vigilanza, basata su due principi:

- a) Separazione del ruolo dello Stato come regolatore e supervisore, in relazione alle funzioni di operatore e finanziatore
- b) Una forte indipendenza dell'organismo di regolamentazione al fine di separare efficacemente tali funzioni e garantire l'indipendenza della

---

<sup>19</sup> Lei n.º 10/2014 de 6 de março Aprova os Estatutos da Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos. Disponível em: [http://www.ersar.pt/pt/site-ersar/site-missao-atribuicoes-e-poderes/Documents/Lei10\\_2014\\_EstatutosERSAR.pdf](http://www.ersar.pt/pt/site-ersar/site-missao-atribuicoes-e-poderes/Documents/Lei10_2014_EstatutosERSAR.pdf). Acesso em: 16/03/2019 às 09:09 hs.

regolamentazione, sia in relazione allo Stato sia rispetto agli operatori in generale.

Questa soluzione aveva due ragioni, una delle quali era la necessità di stabilire una distanza adeguata tra la politica e il mercato, data l'azione regolatrice che solo un'autorità indipendente può fornire, poiché queste non sono soggette a evoluzioni congiunturali. L'altro motivo è il fatto che il mantenimento dello stato, in particolare dei servizi pubblici, che spesso agiscono in modo decisivo come operatore, svolge il ruolo di regolatore e di operatori sociali o privati, ma anche di operatori pubblici.

L'ERS è responsabile della regolamentazione e supervisione dell'attività e del funzionamento di istituti, istituzioni e servizi sanitari, in merito al rispetto degli obblighi legali e contrattuali relativi all'accesso degli utenti all'assistenza sanitaria, osservando i livelli di qualità, sicurezza e diritti degli utenti, difendendo i loro interessi, garantendo la concorrenza tra gli operatori, nel quadro del mantenimento dei diritti degli utenti.

Va sottolineato che gli operatori sanitari nell'ambito delle attribuzioni dei loro ordini o associazioni professionali e stabilimenti e servizi soggetti a specifiche normative settoriali non sono soggetti al regolamento dell'Agenzia di regolamentazione della salute.<sup>20</sup>.

#### ***4.11 La Banca del Portogallo***

Il Banco de Portugal è disciplinato dalla legge n. 5 del 31 gennaio 1998 come modificato dalle seguenti disposizioni:

- a) decreto-legge n. 118/2001 del 17 aprile;
- b) decreto-legge n. 50/2004 del 10 marzo;
- c) il decreto-legge n. 39/2007 del 20 febbraio;
- d) decreto legge 31-A / 2012 del 10 febbraio;

---

<sup>20</sup> Decreto-Lei n.º 126/2014, de 22 de agosto – Estatutos da Entidade Reguladora da Saúde.

- e) decreto legge 142/2013 del 18 ottobre;
- f) Legge n. 23-A / 2015 del 26 marzo;
- g) Legge n. 39/2015 del 25 maggio.

La natura giuridica della Banca del Portogallo è molto discussa dalla dottrina, in virtù della legge 5/98 che ha eliminato l'esplicito riferimento alla natura della società pubblica e avendo determinato l'applicazione sussidiaria del diritto privato. Tuttavia, l'articolo 64 così come modificato dal decreto-legge n. 29/2007 del 20 febbraio, non prevede più tale sussidiarietà e anche se non è espressamente caratterizzato come una società pubblica, la legislazione ha nuovamente determinato l'applicazione diretta del diritto privato.

Di conseguenza, la legge quadro sulle entità amministrative indipendenti, che disciplina l'attività economica, (approvata dalla legge n. 67/2013 del 28 agosto), ai sensi dell'art. 3° n. 4, è nella natura di un AAA. Va sottolineato, tuttavia, che questa legge non nega che la Banca del Portogallo sia una entità amministrativa indipendente con una funzione di attività economica, ma si riferisce solo al fatto che la Banca è regolata dalla propria legislazione, escludendo quindi l'applicazione del suo regime di BdP<sup>21</sup>.

La Banca, in quanto banca centrale della Repubblica portoghese, è parte integrante del Sistema europeo di banche centrali - SEBC, conformemente ai suoi obiettivi e compiti, fatte salve le disposizioni dello statuto del Sistema europeo di banche centrali e della Banca centrale europea, che agisce in conformità con le linee guida e le istruzioni che la Banca Centrale Europea prevede e ai sensi degli stessi Statuti.

È di sua competenza gestire la disponibilità esterna del paese o di altri soggetti che sono impegnati, agendo da intermediario nelle relazioni monetarie internazionali degli Stati, per assicurare la stabilità del sistema finanziario nazionale, assicurando in questo

---

<sup>21</sup> J. V. Pinto, *A força normativa dos avisos do banco de Portugal*, Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/21954/1/Jorge%20Var%C3%A3o%20Pinto.pdf>. Acesso em: 17/03/2019 às 13:55 hs.

modo le funzioni di rifinanziamento di ultima istanza. È inoltre responsabile della regolamentazione, della supervisione e della promozione del corretto funzionamento dei sistemi di pagamento nel quadro della sua partecipazione al SEBC e in qualità di intermediario nelle relazioni internazionali dello Stato, al fine di monitorare e promuovere il corretto funzionamento dei sistemi di pagamento nella partecipazione al SEBC e attività di intermediario nelle relazioni internazionali<sup>22</sup>.

#### ***4.12 L'Ente Regolatore per la Comunicazione Sociale***

L'Autorità Amministrativa Indipendente ERC – L'Ente Regolatore per la Comunicazione Sociale è stata creata dalla Legge n. 53 dell'8 novembre 2005, con l'attribuzione nel campo dei media, per garantire il libero esercizio del diritto all'informazione e alla libertà di stampa, per garantire la non concentrazione della proprietà delle entità che svolgono attività mediatiche al fine di salvaguardare il pluralismo e la diversità, fatte salve le competenze espressamente conferite dalla legge all'Autorità garante della concorrenza, per garantire l'indipendenza delle entità che svolgono attività di comunicazione sociale di fronte ai poteri politici ed economici, e garantire il rispetto dei diritti, delle libertà e delle garanzie.

La sua struttura organica è composta dal consiglio di regolamentazione, dal comitato esecutivo, dal comitato consultivo e dal supervisore unico, essendo che il consiglio di regolamentazione è l'organo collegiale responsabile della definizione e dell'attuazione dell'attività regolamentare del CER, mentre la direzione esecutiva è responsabile della direzione dei servizi e della gestione amministrativa e finanziaria dell'entità.

---

<sup>22</sup> Lei n. 5/98 de 31 de Janeiro. Lei Orgânica do Banco de Portugal. Disponível em: [https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/legislacoes/251272412\\_1.doc.pdf](https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/legislacoes/251272412_1.doc.pdf). Acesso em: 17/03/2019 às 13:51 hs.

Per quanto riguarda il consiglio consultivo è l'organo di consultazione e partecipazione alla definizione delle linee generali di azione, per contribuire all'articolazione con entità pubbliche e private rappresentative di interessi rilevanti nell'ambito della comunicazione sociale e dei settori correlati.

In relazione al revisore unico, questo organismo è responsabile del controllo della legalità e dell'efficienza della gestione finanziaria e patrimoniale del CER e della consultazione del consiglio di regolamentazione in questo settore. È un revisore legale designato dall'Assemblea della Repubblica.

Come la Banca del Portogallo, anche la Regulatory Entity for Social Communication, è stata rimossa dall'applicazione del regime della Legge Quadro n. 67/2013 del 28 agosto, nonostante tale entità non sia un'autorità amministrativa indipendente.

#### ***4.13 La Commissione per l'Accesso ai Documenti Amministrativi***

La legge n. 46 del 24 agosto 2007, disciplina la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi ed è stata modificata dalla legge n. 26 del 22 agosto 2016. Questa legge regola, da un lato, l'accesso ai documenti e alle informazioni amministrative, ora incluse le informazioni ambientali, e, dall'altro, il riutilizzo dei documenti amministrativi (trasposizione, in questo secondo aspetto, Direttiva 2013/37 / CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno, che modifica la direttiva 2003/98 / CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 novembre, relativa al riutilizzo delle informazioni del settore pubblico).

I suoi obiettivi principali sono: integrare il contenuto di LAIA (Legge sull'accesso alle informazioni ambientali) in un'unica legge sull'accesso a tutte le informazioni amministrative, fatto salvo l'accesso alle informazioni ambientali per continuare a godere, in certi aspetti, di un regime speciale alla luce di quanto previsto per altre informazioni amministrative, al fine di garantire il rispetto degli obblighi internazionali derivanti dalla

convenzione di Aarhus, l'approfondimento di un cambio di paradigma per quanto riguarda la fornitura di informazioni amministrative, una posizione reattiva, l'offerta di dubbi e incongruenze costituzionali tra LADA, la legge sulla protezione dei dati personali (LPDP), approvata dalla legge 67/98, del 26 ottobre (come modificato), e la legge n. 12/2005, del 26 gennaio, nella sezione sull'accesso alle informazioni genetiche personali e sanitarie.<sup>23</sup>

### ***5. Le Caratteristiche delle Autorità Amministrative Indipendenti***

Tra le caratteristiche presentate da questo sistema, è necessario evidenziare la ricerca di maggiore specializzazione e tecnicità della regolamentazione, una maggiore neutralità delle opzioni e delle misure regolamentari, nonché l'apertura del mercato a ciascun nuovo operatore, mirando a controllare la posizione degli operatori che già sono collocati. Si mira a ridurre la burocrazia e gli oneri amministrativi sotto la responsabilità dello Stato, nel controllo di alcuni settori economici e sociali, solo perché le entità autonome hanno il potere di promuovere la depoliticizzazione del settore, con particolare attenzione all'imparzialità e all'obiettività. Va notato che in Portogallo le autorità amministrative indipendenti hanno una rilevanza significativa nei settori finanziario, economico, delle comunicazioni e dei trasporti. È il caso dell'Istituto delle assicurazioni del Portogallo, della Securities and Exchange Commission, dell'Autorità garante della concorrenza, dell'Autorità di regolamentazione dei servizi energetici, dell'Autorità di regolamentazione dei servizi idrici e dei rifiuti, dell'Autorità di regolamentazione sanitaria, dell'Autorità per la mobilità e i trasporti, l'Autorità National Communications e National Civil Aviation Authority. Si è anche notato che c'è stato un aumento significativo di queste entità, e la

---

<sup>23</sup> Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos. CADA. Disponível em: <http://www.cada.pt/>. Acesso em: 17/03/2019 às 16:52 hs.

loro crescita ha contribuito all'emergere di entità con differenti strutture organizzative e funzioni<sup>24</sup>.

In considerazione di ciò, è stato necessario sistematizzare la normalizzazione delle attività economiche di queste entità amministrative indipendenti con funzioni normative, che hanno portato alla creazione della legge quadro n. 67/2013, per evidenziare i principi e gli standard attraverso cui essere governate, con poteri che pervadono la questione della regolamentazione delle attività economiche, la difesa di interesse generale, la tutela dei diritti e degli interessi dei consumatori, oltre a proteggere e difendere la concorrenza dai settori privato, pubblico, cooperativo e sociale.

Così, la Pubblica Amministrazione in Portogallo, ha scommesso sulla qualificazione dei leader attraverso la formazione, il sistema di reclutamento per merito, obblighi per le attività di pianificazione e anche la responsabilità, non solo dal punto di vista finanziario, ma anche una valutazione di performance qualitativa e orientata ai risultati, focalizzata sulla partecipazione del cittadino, preoccupandosi della comunicazione e della qualità della fornitura del servizio, che dimostra un maggiore orientamento verso la logica gestionale.

---

<sup>24</sup> M.J. Lourenço, *Deslegalização e poder regulamentar das entidades reguladoras independentes*. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2018/06/20181406-ARTIGO-JULGAR>. Acesso em: 22/03/2019 às 13:11 hs.

## CAPITOLO UNDICESIMO

### L'AGENZIA PER LA COOPERAZIONE TRA I REGOLATORI NAZIONALI DELL'ENERGIA (ACER). PROBLEMATICITÀ E PROSPETTIVE

di

**LUIGI MARIA PEPE**

**Sommario:** 1. Il diritto europeo dell'energia - 2. L'Acer: natura, funzioni e prospettive - 3. L'ACER a confronto: l'European Securities and Markets Authority - 4. Considerazioni conclusive.

#### *1. Il diritto europeo dell'energia*

Il diritto europeo dell'energia è una parte integrante del diritto internazionale dell'energia e lo stesso ha ricoperto un ruolo significativo nella formazione dell'Unione Europea attraverso due dei tre Trattati fondativi della stessa. L'obiettivo principale del diritto dell'energia nell'Unione era di creare uno sviluppo uniforme e costante dell'industria energetica tra i vari Paesi aderenti, in particolar modo di aprirsi alla liberalizzazione del mercato energetico smantellando i monopoli nazionali e dando

vita a fenomeni di privatizzazione, secondo cui i vecchi monopolisti avrebbero dovuto cedere le quote azionarie e garantire l'ingresso di nuovi partner privati facendo sì che anche altre imprese in quel settore potessero accedere in un mercato libero e concorrenziale. Di conseguenza, si palesò una stretta interconnessione tra il diritto dell'energia europeo e il diritto della concorrenza<sup>1</sup>. Il mercato energetico dell'Unione Europea può essere compreso non solo sviscerando i legami con le altre discipline ma comprendendo l'ecosistema in cui si è sviluppato, quello di un gran numero di trattati bilaterali e multilaterali. Principali punti di partenza sono il Trattato sull'Unione Europea (TUE)<sup>2</sup>, il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), la Comunità europea dell'energia atomica (EURATOM) e la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea. Nel 1994 Il Trattato sulla Carta dell'Energia<sup>3</sup>, per la prima volta fornì un quadro multilaterale per una cooperazione internazionale nel settore dell'energia gettando le basi per un diritto europeo dell'energia<sup>4</sup>. Le previsioni del Trattato si concentrano su quattro aree: 1) condizioni non discriminatorie nel commercio e previsioni su un transito energetico transfrontaliero affidabile e sostenibile; 2) protezione degli investimenti stranieri e protezioni da rischi di natura non commerciale; 3) un sistema di risoluzione delle controversie tra Stati, investitori e Stati ospitanti; 3)

---

<sup>1</sup> P. Cameron, *Competition in Energy Markets. Law and Regulation in the European Union*, Oxford University Press, 2nd ed., 2007.

<sup>2</sup> Trattato sull'Unione Europea è stato firmato a Maastricht nel 1992 ed è entrato in vigore nel 1993.

<sup>3</sup> Ratificato il 17 Dicembre 1994, entra in vigore il 16 Aprile 1998.

<sup>4</sup> K. Talus, *OGEL Ten Years Special Issue: Internationalisation of Energy Law*, Editorial 2002, 10(3), Oil, Gas and Energy Law, [www.ogel.org](http://www.ogel.org). L'obiettivo del Trattato è di creare un quadro legale per una cooperazione a lungo termine nel settore energetico basata sui principi sanciti dal Trattato sulla Carta dell'Energia del 1991. Infatti, questo Trattato è un accordo con principi a sostegno della cooperazione energetica, garantendo una affidabile fornitura energetica e uno sviluppo economico sostenibile. Il Trattato sulla Carta dell'energia del 1991 è stato firmato da 58 Paesi inclusi USA e Canada.

promozione dell'efficienza energetica<sup>5</sup>. Molto più recentemente, nel 2006 è stata istituita la Comunità dell'Energia, un'organizzazione internazionale che coinvolge l'Unione Europea, altre nazioni del Sud est europeo e le regioni sul Mar Nero, con l'obiettivo principale di estendere il quadro regolamentare del settore energetico, ambientale, delle fonti rinnovabili e della concorrenza tra le parti coinvolte e creare un mercato unico europeo per l'energia elettrica e il gas. Una delle cruciali obbligazioni derivanti dal Trattato è di incrementare la legislazione europea, il cosiddetto “*acquis communautaire*”, l'insieme di atti, vincolanti e non, decisioni giudiziarie sull'energia, ambiente, concorrenza e fonti rinnovabili, se non per generalizzare standard tecnici da rispettare e per sviluppare un quadro regolatore adeguato e ispirato alla liberalizzazione del mercato energetico<sup>6</sup>. La pietra angolare della politica energetica europea è il mercato interno dell'energia il che significa focalizzarsi su tre obiettivi: un prezzo dell'energia accessibile e competitivo, sostenibilità ambientale e sicurezza energetica. In questi traguardi il diritto europeo della concorrenza svolge un ruolo essenziale e complementare, con le disposizioni che plasmano il libero mercato e che coordinano il lavoro delle autorità di regolazione. Con la “Strategia quadro per un'Unione dell'energia resiliente con una politica lungimirante in materia di cambiamenti climatici” del 2015, la Commissione si è prefissata di portare avanti e consolidare l'idea e il progetto di un'Unione dell'Energia, una grande strategia per la politica europea che

---

<sup>5</sup> [www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/](http://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/).

<sup>6</sup> T. Walde, *The Role of Selected International Agencies in the Formation of International Energy Law and Policy Towards Sustainable Development*, Energy Law and Sustainable Development, IUCN, 2003, 171-173, 193. Qui l'autore sottolinea l'importanza dell'UE nel pilotare l'integrazione con altre regioni all'interno di un mercato unico europeo e, di conseguenza, un'Unione Europea come il laboratorio globale per un moderno diritto dell'energia diretto verso una reale privatizzazione del mercato e come strumento per una regolamentazione dell'economia e del settore ambientale. Un mercato europeo dell'energia integrato che non deve essere sottovalutato.

opera su cinque livelli: sicurezze energetica e solidarietà, un mercato europeo dell'energia completamente integrato, efficienza energetica per contribuire ad un controllo della domanda, decarbonizzazione e ricerca, innovazione e competitività. Quindi un'Unione dell'Energia che va oltre il concetto di mercato unico europeo e mira ad introdurre elementi di politica estera, affrontare il nodo sicurezza e rischi nella fornitura cercando di creare un comune ed uniforme approccio dell'importazione dell'energia. Questa strategia tematizza anche il concetto di solidarietà nella fornitura energetica così come disposto dal Trattato di Lisbona<sup>7</sup> e dal suo art. 194 che, per la prima volta sancisce la sussistenza di “uno spirito di solidarietà tra Stati Membri” per “garantire il funzionamento del mercato dell'energia, promuovere l'interconnessione delle reti energetiche, lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili e la sicurezza nell'approvvigionamento energetico dell'Unione<sup>8</sup>. Seppur pare essere univoca la strategia

---

<sup>7</sup> M. Marletta, *Il cammino dell'Ue verso una politica energetica esterna*, in *Quaderni Europei*, n.2, 2012, L'autore delinea quali sono le strategie e le linee d'azione della politica estera dell'Ue nel settore energetico e come il concetto di solidarietà emerso dal Trattato di Lisbona sia strettamente collegato alla sicurezza dell'approvvigionamento e consolidamento del mercato dell'Ue.

<sup>8</sup>Articolo 194 TFUE: 1. Nel quadro dell'instaurazione o del funzionamento del mercato interno e tenendo conto dell'esigenza di preservare e migliorare l'ambiente, la politica dell'Unione nel settore dell'energia è intesa, in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, a: a) garantire il funzionamento del mercato dell'energia, b) garantire la sicurezza dell'approvvigionamento energetico nell'Unione, c) promuovere il risparmio energetico, l'efficienza energetica e lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili, d) promuovere l'interconnessione delle reti energetiche. 2. Fatte salve le altre disposizioni dei trattati, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le misure necessarie per conseguire gli obiettivi di cui al paragrafo 1. Tali misure sono adottate previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni. Esse non incidono sul diritto di uno Stato membro di determinare le condizioni di utilizzo delle sue fonti energetiche, la scelta tra varie fonti energetiche e la struttura generale del suo approvvigionamento energetico, fatto salvo l'articolo 192, paragrafo 2, lettera c). 3. In deroga al paragrafo 2, il Consiglio, deliberando secondo una procedura legislativa speciale, all'unanimità e previa consultazione del Parlamento europeo, stabilisce le misure ivi contemplate se sono principalmente di natura fiscale.

degli Stati Membri dell'Unione, non vi è da dimenticare il fermo principio della sovranità energetica come si evince chiaramente anche dall'art.194,2 TFUE. Nonostante questo principio sembri essere radicato nelle coscienze degli Stati, nella letteratura giuridica internazionale la competenza nel settore energetico sembra essere ritenuta di carattere concorrente dalla lettura congiunta dell'art. 4 del TFUE e dell'art.194 TFUE.<sup>9</sup> Ma, a mio avviso, non esistono competenze esclusive e competenze concorrenti in determinati ambiti del settore energetico. Nonostante sia concordemente riconosciuto il principio della sovranità nelle scelte di politica energetica nazionale ed in particolare quali fonti inserire nel proprio mix energetico, vi sono taluni aspetti che non possono escludere una convergenza ed un allineamento tra gli Stati essendo di comune interesse. Si pensi al tema dell'efficienza, dell'affidabilità del trasporto transfrontaliero o della sicurezza degli impianti. Vi sono interessi comuni che vanno a tradursi in standard generali ed in obiettivi da perseguire dove l'Unione Europea svolge il ruolo non solo di collante ma di organo propositivo e garante della loro realizzazione. La strategia dell'Unione si spalma su due fronti, incentivare il processo di liberalizzazione del mercato unico energetico e raggiungere gli obiettivi prefissati con un coordinamento generale<sup>10</sup>. Nel Dicembre 2016 la Commissione Europea ha pubblicato il Winter Package, un pacchetto legislativo che ha proposto di aggiornare il Terzo Pacchetto Energia del 2009 e gli altri interventi legislativi dell'UE nel settore ambientale ed energetico. Queste proposte sono volte a rimaneggiare principalmente le Direttive sull'elettricità e sul suo regolamento, sull'efficienza energetica,

---

<sup>9</sup> K. Talus, P. Aalto, *Competences in EU energy policy*, in *Research Handbook on EU Energy Law and Policy*. Per la dottrina italiana S. Oggianu, *Politica europea dell'energia*, in E. Picozza, S.M. Sambri, *Il diritto dell'energia*, Wolters Kluwer-Cedam, 2015, 45 ss.

<sup>10</sup> L. Ammanati, *La transizione energetica nell'Unione Europea: il nuovo modello di governance*, in *Introduzione allo studio del diritto dell'energia* a cura di De Maio G., Napoli, 2019, 15 ss.

sulle rinnovabili, ad introdurre un nuovo Regolamento sulla governance dell'Unione dell'Energia ed un nuovo Regolamento sulla preparazione del rischio nel settore dell'elettricità.

## ***2. L'ACER: natura, funzioni e prospettive***

La Commissione europea nelle sue attività è supportata da varie Agenzie, ed è essenziale un loro coinvolgimento da quando la governance dell'Unione dell'energia contempla numerose pianificazioni, strategie, valutazioni economiche e politiche, monitoraggi del mercato. Tra le più importanti vi è da annoverare l'Agenzia per la cooperazione tra i Regolatori Nazionali dell'energia di seguito ACER. L'ACER venne istituita dal Trattato di Lisbona e le sue competenze vennero definite con il Terzo Pacchetto Energia all'interno del quale venne inserito il suo Regolamento<sup>11</sup> quale fonte legale. Il suo compito principale venne identificato nello svolgere un ruolo di coordinamento e cooperazione tra i regolatori nazionali (Autorità Amministrative Indipendenti) in entrambi i settori dell'energia elettrica e del gas, nel rendere maggiormente competitivo il Mercato energetico europeo, nel garantire l'efficienza delle infrastrutture e nel perfezionare la sicurezza della fornitura per tutti i consumatori e partner europei<sup>12</sup>. Inoltre, redige dei rapporti di attività annuali sui Mercati dell'elettricità e del gas<sup>13</sup>. Ma a queste mansioni se ne sono aggiunte altre nel tempo e, in quanto agenzia dell'Unione, fornisce pareri alla Commissione su questioni tecniche, sulle strategie per la realizzazione del Mercato unico europeo anche attraverso azioni volte alla creazione di regole sulla rete

---

<sup>11</sup> Regolamento 713/2009 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 Luglio 2009.

<sup>12</sup> Acer 2017, The Agency, [www.acer.europa.eu](http://www.acer.europa.eu) .

<sup>13</sup> Regolamento Acer art. 11 e 13.

europea<sup>14</sup>. Essa infatti monitora le attività transfrontaliere tentando di fornire un quadro di regole per i codici di rete da applicare nel Mercato unico europeo. Comunque, l'ACER di per sé non è un regolatore europeo e il suo potere sulle Autorità Amministrative Indipendenti nazionali è limitato alle connessioni transfrontaliere e ai codici di rete per facilitare il trasporto di energia. I poteri delle Authority nazionali, di conseguenza, non vengono ridotti o limitati ma allo stesso tempo vengono privati di una guida europea volta a suggerire dei comportamenti uniformi da seguire. Ed è proprio la mancanza di uno spazio regolatorio comune europeo ad aver causato una disomogeneità regolatoria ed inevitabili distorsioni concorrenziali<sup>15</sup>. C'è chi teorizza la necessità di una coamministrazione<sup>16</sup> per una ridefinizione della governance amministrativa dell'energia<sup>17</sup> dove l'autorità nazionale diviene parte dell'amministrazione europea<sup>18</sup> per una multilevel governance. Ma anche questo governo amministrativo tra regolatore europeo e regolatore nazionale su più livelli mostrerebbe delle debolezze: infatti una parte della dottrina italiana<sup>19</sup> ritiene che un assetto regolatorio decentrato tra diversi soggetti dello stesso settore comporterebbe una estrema

---

<sup>14</sup> M. C. Labelle, *Regulating for Consumers? The Agency for Cooperation of Energy Regulators, in Energy Union. Europe's new liberal mercantilism?*, Londra, Palgrave Macmillan ( International political economy series), 2017, p.147 164.

<sup>15</sup> S. Lanza S. Lucattini., *L'Autorità per l'energia tra competizione e cooperazione* in Rivista della Regolazione dei Mercati, 2, 2014, 6, qui gli autori asseriscono che un lavoro non sincronizzato tra le varie Autorità nella produzione di regole conduce le stesse a conclusioni e risoluzioni dei problemi diverse in accordo con il proprio differente background storico-tecnico-culturale.

<sup>16</sup> G. Greco, *L'incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi nazionali, in Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di Chiti M.P., Cartei G.F., Milano, 2007,979, la coamministrazione contempla un'attività amministrativa svolta in sinergia e in sincronia tra le autorità sia a livello europeo e sia a livello nazionale.

<sup>17</sup> A. Colavecchio., *La governance del settore energetico*, in *Diritto amministrativo*, Rimini, 2014, 318.

<sup>18</sup> E. Chiti, *I sistemi comuni europei di pubblici poteri indipendenti*, in *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2006, 8.

<sup>19</sup> L. Ammanati, P. Bilancia, *Governance multilivello, regolazione e reti*, Milano, 2008, 320

frammentazione dei poteri e delle competenze; un'altra parte<sup>20</sup>, favorevole invece ad una evoluzione dell'ACER a organo regolatore, evidenzia come creare una rete di governance europea comporterebbe un'evoluzione da un sistema composito ad un assetto regolatorio integrato, con il risultato di una produzione di regole uniformi. Tuttavia, dobbiamo condividere la tesi di chi scrive che se l'ACER dovesse acquisire poteri regolatori superiori, tali da potersi identificare come il regolatore unico europeo nel settore dell'energia, ci troveremmo sicuramente dinanzi a casi di disaccordo tra autorità nazionale che vuole far prevalere il suo punto di vista, e autorità europea dando vita a fasi di stallo decisionale. Ben può accadere che tali diatribe si risolvano in soluzioni di compromesso inidonee a tutelare gli interessi pubblici del commercio, della concorrenza tra le imprese e del processo di integrazione del mercato unico europeo<sup>21</sup>. Per adesso l'ACER continua a rivestire le sue funzioni di Agenzia anche perché il regolamento che l'ha istituita prevede l'introduzione di un meccanismo di cooperazione tra le Autorità nazionali e non di regolazione del Mercato europeo, in un'ottica che oggi può ben essere soprannominata "*agentification*"<sup>22</sup>, sistema integrato di controllo, decentramento esercizio funzioni Commissione, attuazioni politiche comunitarie tra Stati Membri ed Unione lì dove sussiste competenza concorrente. Un'altra tematica sulla quale è doveroso soffermarsi è sicuramente il suo

---

<sup>20</sup> Torchia L., *La regolazione indipendente nell'ordinamento europeo: i nuovi organismi di settore*, in *La regolazione dei mercati di settore tra Autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, a cura di P. Bilancia, Milano, 2012, 260.

<sup>21</sup> M.F. Cialdella, *Il ruolo dell'ACER nel completamento del mercato unico europeo tra esigenze di uniformità e rischi al ribasso*, Diritto e processo amministrativo 1/2017, 497 ss, l'Acer nasce come organo di cooperazione tra le autorità nazionali di regolazione e tale deve rimanere.

<sup>22</sup> E. Chiti, *Tendenze e problemi del processo di agentification nell'ordinamento europeo* in *L'amministrazione comunitaria: caratteri, accountability e sindacato giurisdizionale*, WoltersvKluwer, 2009,22, un fenomeno quello dell'*agentification* che risponde alla necessità di creare un meccanismo di raccordo tra la Commissione e le amministrazioni nazionali, decentrando talune attività amministrative alla stessa.

rapporto con gli organi politici (Commissione e Governi Nazionali), e se il suo ruolo di Agenzia subisca delle distorsioni da parte del potere politico. L'ACER va distinta dalle altre Agenzie per l'indipendenza almeno tentata dalla Commissione e dagli altri organi politici. Tentata perché anche su questo tema sono sorte numerose interpretazioni sul carattere indipendente o meno dell'Agenzia. Bisogna però sicuramente partire dal dato legale, dal considerando 6 del Regolamento 713 del 2009, il quale non professa l'indipendenza dell'ACER dalla Commissione bensì asserisce che “è necessario garantire l'indipendenza dell'Agenzia nei confronti dei produttori di energia elettrica e di gas, dei gestori dei sistemi di trasmissione e distribuzione, siano essi pubblici o privati, e dei consumatori e assicurare la conformità delle sue azioni con la legislazione comunitaria, le sue competenze tecniche e di regolamentazione, nonché la sua trasparenza, subordinazione al controllo democratico ed efficienza”. Emerge, sì, il principio di indipendenza dell'Agenzia come *conditio sine qua non* per una corretta governance in questo delicato settore del mercato ma non si comprende chiaramente quali siano le regole generali tese a garantirla e in che misura questa indipendenza possa definirsi anche in relazione ai singoli organi che compongono l'ACER: Comitato dei Regolatori, Direttore, Consiglio di Amministrazione e Commissione Ricorsi. L'indipendenza politica dell'Agenzia è basilare e necessaria per garantire la neutralità delle proprie funzioni in un settore ad alta tecnicità. Nel suo rapporto con la Commissione, l'ACER esercita una funzione consultiva<sup>23</sup> con pareri non vincolanti sulle questioni sottoposte. Esercitare un controllo sulla stessa da parte della Commissione avrebbe del paradossale e contraddittorio, andare ad influenzare e determinare il responso dell'Agenzia su questioni tecniche che la stessa

---

<sup>23</sup> L'Acer non è di per sé titolare di poteri di regolamentazione né di public enforcement se non la possibilità di esprimersi con decisioni individuali sulle esenzioni dal third party access, sulle condizioni per accedere alle infrastrutture per le interconnessioni transfrontaliere di energia e su altre questioni tecniche. Si osservino gli art 7, 8, 9 del regolamento 2009/713/CE.

Istituzione Ue ha commissionato non avrebbe alcun senso. Anche perché nel caso ciò dovesse pur verificarsi l'ACER non ha poteri coattivi o strumenti di public enforcement per vincolare le Autorità Nazionali<sup>24</sup>. Quindi si ipotizza che l'ACER nell'espletamento delle sue funzioni consultive possa godere di piena autonomia e la presenza all'interno del Comitato dei Regolatori di un rappresentante della Commissione, non mina questa tesi bensì la avvalora configurandosi questo organo, come importante punto di snodo di idee e di confronto degli esponenti dei vari livelli di governance, istituzioni europee e regolatori nazionali<sup>25</sup>, anche in ossequio alla dottrina *Meroni* secondo cui sussiste l'impossibilità di delegare poteri regolamentari ad organi non previsti dai Trattati, così eliminando la possibilità di istituire agenzie regolamentari nell'ordinamento comunitario<sup>26</sup>. Quale sarà allora l'effetto di questo suo ruolo esclusivo di Agenzia? Sicuramente rafforzare la partecipazione e il potenziale decisionale delle Autorità Amministrative Indipendenti Nazionali a livello comunitario e cristallizzare il connotato della sua indipendenza<sup>27</sup>. Ma sarà sufficiente un'Agenzia a sovrintendere e regolare un mercato unico europeo dell'energia così come

---

<sup>24</sup> M.F Cialdella., *Il ruolo dell'ACER nel completamento del mercato unico europeo tra esigenze di uniformità e rischi al ribasso*, cit, 527.

<sup>25</sup> Il Comitato dei Regolatori, organo titolare del potere di regolazione europeo e composto dai singoli rappresentanti delle Autorità Nazionali di Regolazione, agisce in piena autonomia senza istruzioni da parte della Commissione o dei Governi nazionali e la presenza di un esponente della Commissione alle riunioni deliberative ha carattere informativo non detenendo l'organo di governo né diritto di veto né diritto di voto. Si veda l'art. 14 del Regolamento 2009/713/CE e anche Termini V., *Dall'armonizzazione al mercato unico: ACER- l'Agenzia europea per la regolazione dell'energia in La regolazione dei mercati di settore tra Autorità Indipendenti nazionali e organismi europei*, Milano, 2012, 136.

<sup>26</sup> Corte di Giustizia, 13 giugno 1958, cause riunite 9 e 10-56, *Meroni c. Alta Autorità CECA*, Chamon M., *EU Agencies between Meroni and Romano or the devil and the deep blue sea*, in *Common Market Law Review*, 2011, 1060ss

<sup>27</sup> E. Bruti Liberati, F. Donati., *I servizi di interesse economico generale: prospettive di evoluzione del modello regolatorio europeo*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2009, 67.

prospettato dall'Unione nel suo progetto di creazione di un'Unione dell'Energia?

### ***3. L'ACER a confronto: l'European Securities and Markets Authority***

Un altro esame del ruolo e delle funzioni dell'ACER non può prescindere dai suoi poteri e della comparazione con le altre Autorità europee. Bisogna sicuramente partire dall'assunto della già citata dottrina *Meroni* secondo cui, nel momento in cui le Istituzioni europee decidono di introdurre quale organo di monitoraggio e di controllo del settore dell'energia e del gas non un ente regolatore quale un'Autorità bensì un'Agenzia, si sottintende una scelta politica di non voler infastidire e creare punti di disaccordo con i regolatori nazionali. Per questo motivo non possiede poteri autonomi di decisioni vincolanti se paragonata alle autorità di vigilanza dei settori bancari, finanziari e assicurativi. L'ACER detiene poteri consultivi, di monitoraggio e decisori in specifici casi contemplati dal suo regolamento non essendo minimamente menzionati poteri di indagine o addirittura sanzionatori. Sembra ritenersi opportuno sviscerare il perché di queste scelte da parte delle Istituzioni europee e una comparazione con un ente simile quale l'ESMA (European Securities and Markets Authority), chiamato a svolgere le medesime funzioni in un settore ad alta tecnicità quale quello finanziario, al quale però oltre ai suindicati poteri, sono riconosciuti anche quelli di public enforcement di cui l'ACER manca. Da un lato l'Agenzia per la Cooperazione tra i Regolatori Nazionali dell'Energia e dall'altro l'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati. Entrambe monitorano i rispettivi mercati richiamando al rispetto dei Regolamenti

europei<sup>28</sup> raccogliendo informazioni e cooperando con le altre autorità. Le differenze emergono in sede di sospetta violazione dei regolamenti, l'ESMA intraprende indagini volte a chiarire se sussistono violazioni o meno mentre l'ACER non ha alcun potere di indagine o ispezione. Quando l'ACER infatti presume una violazione, trasferisce alle Autorità nazionali i propri sospetti al fine di porre in essere le opportune indagini e solo in casi di portata transfrontaliera, potrà costituire e coordinare gruppi di indagine composti dagli esponenti delle autorità nazionali per neutralizzare la possibile violazione. Anche per ciò che riguarda i poteri sanzionatori, l'ACER non irroga sanzioni sono gli Stati Membri ad emanarle; mentre quando sono le stesse autorità nazionali a non seguire le linee guida e i pareri dell'Agenzia, pur non essendo vincolanti, si utilizza come deterrente la minaccia di sanzione o procedura di infrazione da parte della Commissione. L'ESMA, invece, commina sanzioni amministrative nei limiti previsti dall'EMIR<sup>29</sup>. Si può ben osservare come ciò di cui l'ACER rispetto all'ESMA non è dotata sono gli strumenti di public enforcement. Poteri che per la sua natura giuridica di agenzia non potrebbe detenere, e ciò fa riflettere sul perché delle Istituzioni Europee a proposito della scelta di un'Agenzia e non di un'Autorità Europea.

---

<sup>28</sup> Tra i vari regolamenti chiamate a far rispettare degni di nota sono il REMIT emanato con Regolamento Ue n.1227/2001 concernente l'integrità e la trasparenza del mercato dell'energia all'ingrosso, e l'EMIR, Regolamento Ue 648/2012 per i mercati finanziari.

<sup>29</sup> Sul punto F. Luiso, *Il rapporto tra enforcement e regolazione dei mercati energetici* in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2/2015, dove viene posto in risalto il confronto tra il settore europeo dell'energia e finanziario la cui differenza macroscopica sta nell'assenza nel primo di una Autorità europea. Con i monitoraggi incessanti ed un mercato che richiede una regolazione costante, la spartizione dei poteri tra l'Acer e le singole autorità nazionali non è più sufficiente. Quindi postula l'esigenza di un'autorità europea nel settore energetico per porre in essere atti di public enforcement, intelligenti e costruttivi necessari per la manutenzione e miglioramento progetto mercato unico europeo.

#### *4. Considerazioni conclusive*

Questi punti interrogativi si rafforzano con la lettura del Terzo Pacchetto Energia, le esigenze di aumentare la fiducia nel mercato e la vigilanza esercitata dai regolatori sulle imprese che forniscono energia elettrica e gas naturale<sup>30</sup>. Dei trentadue compiti che le direttive attribuiscono alle Autorità di regolazione degli Stati Membri, diciannove sono di vigilanza e richiedono strumenti di public enforcement. Quindi il legislatore europeo se da un lato ha istituito un'agenzia come raccordo tra le autorità nazionali al fine di coordinarle nelle loro attività e monitorare il mercato, dall'altro ha preferito nel settore energetico mantenere i poteri vincolanti di indagine, sanzione ed infrazione in capo alla Commissione. Ad avviso di chi scrive, questa dipendenza tecnica più che politica rende meno incisiva la sua attività di coordinamento, potendo farsi valere con le Autorità nazionali solo attraverso intimidazioni di sanzioni o procedure di infrazioni da parte della Commissione. Sembrerebbe maggiormente opportuno in una prospettiva quale quella della creazione di un Mercato unico europeo dell'energia, la conversione dell'ACER in un'Autorità europea dell'energia, composta sempre dai Rappresentanti delle Autorità nazionali, che possa coniugare le operazioni di raccordo e cooperazione con quelle di un'effettiva vigilanza e neutralizzazione degli inadempimenti attraverso poteri sanzionatori. Questo pensiero verrebbe incoraggiato dalle numerose spinte e incremento dei poteri dell'ACER da parte della Commissione, come si può ben notare dalla Comunicazione n.80/2015, dove la Commissione conferma il ruolo di primo piano della Agenzia nel lavoro svolto e palesa l'intenzione di incrementare i suoi poteri di regolazione; oppure dalle proposte di modifiche del regolamento istitutivo dell'ACER all'interno del Winter Package dove, anche qui, si intende potenziare il suo ruolo e le sue funzioni. Si arriverà al punto che all'Agenzia sarà

---

<sup>30</sup> Considerato n.39 della direttiva 2009/72/CE e n.36 della direttiva 2009/73/CE.

richiesto o sarà necessario emanare decisioni vincolanti ma non potrà farlo per la sua natura giuridica e per i numerosi ostacoli dettati dalle sentenze della Corte di Giustizia consacrate nella dottrina *Meroni*. Se solitamente l'involucro è irrilevante, in questo caso conta molto la necessità di convertire l'Acer in un'Autorità Europea dell'energia essendo intrinseco nello sviluppo dei sistemi di governance dei Mercati, avere un'entità volta a garantirne il funzionamento e il bilanciamento dei pesi.

## GLI AUTORI DELL'OPERA

- **Vincenzo Pepe**, *Professore associato di Diritto pubblico comparato, Università degli Studi della Campania “Luigi Vanvitelli”*;
- **Luigi Colella**, *Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato, Università degli Studi della Campania “Luigi Vanvitelli”*;
- **Amilcare D’Andrea**, *Dottorando di ricerca in Diritto pubblico comparato, Università degli Studi della Campania “Luigi Vanvitelli” - Università di Nantes*;
- **Maralice Cunha Verciano**, *Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico comparato, Università degli Studi della Campania “Luigi Vanvitelli”*;
- **Luigi Maria Pepe**, *Dottorando di ricerca in Diritto pubblico comparato, Università degli Studi della Campania “Luigi Vanvitelli”*.

## Collana Nòmos Basilèus

### Studi di Diritto ambientale e Culture dei popoli

- **Giuseppe Mazzotta**, *Giambattista Vico, la nuova mappa del mondo*, 2000, 21 p.
- **Giovanni Cordini**, *Studi giuridici in tema di cittadinanza*, 2000, 122 p.
- **Vincenzo Pepe**, *Lo sviluppo sostenibile tra governo dell'economia e sviluppi costituzionali*, 2000, 188 p.
- **Vincenzo Pepe**, *Motivi vichiani in Carl Schmitt*, 2000, 35 p.
- **Giovanni Corporente**, *Strumenti di pianificazione e di sviluppo economico delle aree protette*, 2000, 96 p.
- **Domenico Amirante**, *Consulenza giuridica e formazione delle norme*, 2001, 236 p.
- **Vincenzo Pepe**, *Essai sur des innovations de droit public en Italie et en France*, 2002, 151 p.
- **Gennaro Franciosi**, *I rapporti internazionali nel pensiero di Giambattista Vico*, 2002, 30 p.
- **Giuseppe Limone**, *La cittadinanza e le formazioni minori in Giambattista Vico*, 2002, 36 p.
- **Giuseppe Limone**, *La redenzione dal tempo ai margini di Laudario crociato, un poemetto di Domenico Corradini Broussard*, 2003, 36 p.
- **Giovanni Cordini e Amedeo Postiglione** (a cura di), *Il principio d'integrazione dei sistemi giuridici nazionali, comunitario e internazionale nella prospettiva del governo mondiale dell'ambiente*, 2004, 160 p.
- **Carmen Saggiomo**, *Lingue e linguaggi come contaminazioni fra culture. La lingua francese come laboratorio epocale*, 2005, 71 p.
- **Maria Grazia De Ruggiero**, *Nella Napoli vichiana: siti, storie, suggestioni*, 2005, 29 p.
- **Salvatore Guzzi**, *Servizio radiotelevisivo pubblico e libertà di informazione nel diritto internazionale*, 2006, 137 p.

- **Giuseppe Limone**, *Fra “Poesis” e “Theoria”. La poesia di Corrado Calabrò come ontologia della mancanza e come eros della creazione*, 2006, 94 p.
- **Aldo Masullo**, *Tra il divin piacere e il grave dolore*, 2007, 39 p.
- **Vincenzo Pepe**, *Governo del territorio e valori costituzionali. La protezione civile in Italia e Francia*, 2008, 267 p.
- **Vincenzo Pepe** (a cura di), *Vincenzo Cuoco – Programma di un Corso di Legislazione Comparata (Frammento – 1805)*, 2008, 70 p.
- **Ferdinando Iannuzzi e Marcello Naimoli** (a cura di), *Il sistema delle aree protette della Campania – “Il Parco dei Monti Picentini” esempio di conservazione, sviluppo e gestione*, 2008, 190 p.
- **Vincenzo Pepe**, (a cura di), *Dentro*, 2010, 95 p.
- **Aldo Masullo**, *Diritto e Biopolitica*, 2011, 40 p.
- **Gianpiero Paolo Cirillo**, *Il Premio Giambattista Vico a Vatolla*, Saggi Scelti, 2014, 90 p.
- **Antonio Di Feo**, *La Polizia di Prossimità, Profili comparati ed esperienza italiana 2017*, 100 p..

Finito di stampare a dicembre 2019, Salerno.

ISBN 978-88-7513-054-1

**QUESTA OPERA** raccoglie i saggi di alcuni studiosi di *Diritto pubblico comparato* dell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli". I temi affrontati in questa sede interessano diversi aspetti e presentano tematiche molto originali per il diritto comparato e gli studi del diritto pubblico. Un primo saggio di Vincenzo Pepe, è alla democrazia elettronica. I successivi tre saggi di Vincenzo Pepe sono dedicati uno allo studio di alcune soggettività emergenti nel diritto comparato, ovvero ai "diritti degli animali", mentre altri due alla sussidiarietà come collante della democrazia. Segue un altro saggio di Vincenzo Pepe dedicato al pensiero di Vincenzo Cuoco, in cui sono evidenziate le radici del costituzionalismo italiano. Segue nell'opera il primo dei tre saggi di Luigi Colella che analizza il rapporto tra libertà religiosa e diritti delle coppie *same sex* nell'era della globalizzazione e del pluralismo. Il secondo contributo di Luigi Colella è dedicato al tema del multiculturalismo religioso in Canada, mentre l'ultimo è riservato ai profili costituzionali della libertà sindacale in alcune esperienze europee ed, in particolare, all'esperienza francese. Di grande interesse è anche il saggio di Amilcare D'Andrea, dedicato alla tutela penale dell'ambiente nella Repubblica di Cuba a seguito della entrata in vigore della nuova Costituzione del 2019. Segue nella raccolta il contributo di Maralice Cuna Verciano, dedicato alle Autorità amministrative indipendenti in Portogallo; l'ultimo saggio, di Luigi Maria Pepe, è ancora dedicato alla Agenzia per la cooperazione tra i Regolatori Nazionali dell'Energia (ACER) e al suo ruolo nell'ambito della politica energetica nell'U.E. Questi saggi, tutti di particolare originalità ed interesse, sono l'occasione per stimolare l'attenzione e la curiosità su alcuni temi nuovi ed attuali per il dibattito scientifico e, anche per questo, meritevoli di approfondimento e di studio

**VINCENZO PEPE** insegna Diritto pubblico italiano e comparato presso il Dipartimento di Scienze Politiche «Jean Monnet» dell'Università degli studi della Campania "Luigi Vanvitelli". È anche docente di Diritto dell'ambiente italiano e comparato ed è stato componente del Consiglio scientifico del Master in Diritto e Politiche ambientali Europee e comparate presso il medesimo Dipartimento. È Presidente nazionale del Movimento ecologista europeo Fareambiente ed è Presidente onorario della Fondazione Giambattista Vico. Ha teorizzato l'ambientalismo responsabile, diventando a livello nazionale e internazionale uno dei principali protagonisti delle politiche ambientali e dello sviluppo sostenibile. Dirige la Rivista scientifica «Sintesi» ed ha pubblicato diversi saggi in varie lingue. È componente del *Centre de Recherches administratives* dell'Università Paul Cézanne di Aix - Marseille III. Tra le sue pubblicazioni ricordiamo: Diritto comparato dell'energia. Esperienze europee, Napoli 2008; Fare Ambiente. Teorie e modelli giuridici di sviluppo sostenibile, Milano 2009; Governo del territorio e valori costituzionali, la protezione civile in Italia e in Francia, Padova 2009; Saggi Vichiani. Riflessioni sul programma di un «corso di legislazione comparata» di Vincenzo Cuoco, Soveria Mannelli 2010; La democrazia della prossimità nella comparazione giuridica, Napoli, 2015.

**LUIGI COLELLA**, Avvocato. Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli". Docente a contratto in *Diritto dell'Ambiente per il Turismo* presso il medesimo Dipartimento, nonché Dottore di Ricerca in Diritto Ambientale Europeo e Comparato. È componente del *Centre de Recherches administratives* dell'Università Paul Cézanne di Aix - Marseille III e ha partecipato a diversi convegni internazionali nel settore del diritto pubblico comparato. Tra le sue pubblicazioni ricordiamo *Il diritto dell'energia nucleare in Italia e in Francia. Profili comparati della governance dei rifiuti radioattivi tra ambiente, democrazia e partecipazione*, Aracne editore, 2017. Ha pubblicato, inoltre, diversi saggi e contributi in materia di diritto pubblico comparato e diritto ambientale comparato, tra cui si segnala: *La diversità linguistica come «elemento strutturale» della forma di Stato multiculturale belga*, in Rivista Dpce, n. 4/2016, pp. 1121-1144; *Lo Stato di diritto in Bangladesh: le sfide del costituzionalismo contemporaneo*, in D. Amirante (a cura di), *I sistemi costituzionali dell'Asia meridionale*, Cedam, 2019, pp. 187-219; *Educazione ambientale e valori costituzionali in Portogallo e in Italia. La legge n. 92 del 2019 tra educazione civica e cittadinanza ecologica*, in *AmbienteDiritto*, n. 1/2020.